Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung.

(B.G.B. § 931.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristenfakultät

der

Kgl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt

von

Eugen Neuburger,

Justizreferendär in Stuttgart.

Stuttgart 1901.

Druck von A. Bonz' Erben.

Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung.

(B.G.B. § 931.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristenfakultät

der

Kgl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt

von

Eugen Neuburger,

Justizreferendär in Stuttgart.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Stuttgart 1901.

Druck von A. Bonz' Erben.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Einleitung: Die Cession der rei vindicatio und die Eigentumserwerbsart des B.G.B. § 931	7
§ 1.	Die Einigung	11
§ 2.	Der Anspruch auf Herausgabe	25
§ 3.	Das Abtretungsgeschäft. Die rechtliche Stellung des bisherigen und des neuen Eigentümers	43
§ 4.	Die rechtliche Stellung des Dritten	47
§ 5.	Eigentumserwerb vom Nichteigentümer	58
§ 6.	Anhang: Die Eigentumserwerbsart des B G.B. § 931 in ihrem Verhältnis zum Verfolgungsrecht der K.O. und zu den Warenpapieren des H.G.B.	62
§ 7.	Schlusswort	65

Einleitung:

Die Cession der rei vindicatio und die Eigentumserwerbsart des B.G.B. § 931.

Wenn wir uns die Eigentumsübertragungsarten des B.G.B. für bewegliche Sachen §§ 929 ff. ansehen, so stossen wir zunächst auf alte Bekannte, die uns längst aus den Pandekten vertraut sind und nur ihr römisches Gewand mit einem deutschen vertauscht haben.

§ 929 S. 1 enthält den Normalfall der Eigentumsübertragung und deckt sich im wesentlichen mit der regelmässigen Form der Tradition des gemeinen Rechts, die §§ 929 S. 2 und 930 enthalten die im gemeinen Recht sog. brevi manu traditio und das constitutum possessorium als Grundlagen des Eigentumserwerbs.

Eigentum ist die begrifflich unbeschränkte Herrschaft einer Person über eine Sache; man wird deshalb die Eigentumserwerbsart die vollkommenste nennen, in welcher diese Sachherrschaft des neuen Eigentümers am deutlichsten zum Ausdruck kommt. Von diesem Standpunkt aus betrachtet stellen die §§ 929 ff. eine unverkennbare Abstufung dar: Nach § 929 S. 1 vollzieht sich der Übergang der Sachherrschaft in durchaus sinnenfälliger Weise, der Veräusserer giebt, der Erwerber nimmt die Sache, die Sache geht von einer Hand zur anderen; zu dem äusseren Wechsel kommt eine hier noch nicht näher zu präcisierende Willensübereinstimmung der Parteien hinzu. Auf diese Willensübereinstimmung wird sogar das Hauptgewicht gelegt bei der Erwerbsart des § 929 S. 2. Zwar hat auch hier der Erwerber die Sache in der Hand, aber meistens aus einem vom Eigentumserwerb durchaus unabhängigen Grunde. Hier ist zwar der Eigentumserwerb nicht sinnenfällig, aber die Stellung des Erwerbers ist gerade so ge-

sichert wie bei der Erwerbsart des § 929 S. 1. In scharfem Gegensatz dazu steht der Eigentumserwerb nach § 930. Der neue Eigentümer bekommt die Sache nicht in die Hand, sondern äusserlich werden die Beziehungen zur Sache überhaupt nicht verschoben, es bleibt die Sache, die in neue Sachherrschaft übergegangen ist, beim alten Eigentümer; nur kraft eines inneren nach aussen schwer zu erkennenden und gegen Dritte in der Regel unwirksamen Rechtsbandes ist dem neuen Erwerber seine Sachherrschaft gewährleistet: sein Eigentum steht und fällt mit der Sorgfalt und Ehrlichkeit der Gegenpartei. Ist demnach die Stellung des Erwerbers nach § 930 bedeutend unsicherer als nach § 929, so stellt der § 931 in dieser Hinsicht eine weitere Steigerung dar. Hier soll Eigentum übergehen, ohne, dass der alte oder der neue Erwerber die Sache in Händen hat. Nach § 929 erhält der neue Eigentümer rechtliche und thatsächliche[1]) Verfügungsgewalt, nach § 930 ist diese wenigstens zwischen altem und neuem Eigentümer geteilt, nach § 931 geht eine rechtliche Verfügungsgewalt über, eine thatsächliche, d. h. einen unmittelbaren Besitz, hat der Veräusserer nicht zu vergeben, kann darum auch der Erwerber nicht erlangen: sie ist in den Händen eines Dritten.

Zeichnet man so in ganz groben Umrissen die Eigentumsübertragungsarten des B.G.B., um ihre bezeichnendsten Gegensätze zu beleuchten, so ist der erste Eindruck, den die Eigentumserwerbsart des § 931 macht, der, dass sie auf schwachen Füssen stehe. Liessen sich ferner die anderen Eigentumsübertragungsarten glatt unter römische Begriffe bringen, so soll zunächst eine Untersuchung darüber angestellt werden, ob auch die Eigentumserwerbsart des § 931 dem bisherigen Recht schon angehörte.

Der § 931 lautet: Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. Dieser Anspruch begreift jedenfalls die rei vindicatio des römischen Rechts in sich[2]); es ist daher naheliegend, in unserem Fall Anschluss an die Cession der rei vindicatio des römischen Rechts zu suchen; thatsächlich bezeichnen denn auch manche vom Stand-

[1]) vergl. § 854.
[2]) vergl. § 985.

punkt des B.G.B. aus die Eigentumserwerbsart des B.G.B. § 931 als Vindikationscession[1]).

Die Lehre von der Abtretung der Vindikation ist in den letzten Jahrzehnten nach dem Vorgang Iherings[2]) Gegenstand zahlreicher Darstellungen und erheblicher Streitfragen gewesen; einen Überblick über den gesamten Stand der Litteratur und Streitfragen, welche diese Lehre gezeitigt hat, giebt der Aufsatz von Stampe[3]): Die Lehre von der Abtretung der Vindikation.

Unbestritten ist, dass das römische Recht nicht nur eine Abtretung von Forderungen, also von persönlichen Klagen, sondern auch eine solche der dinglichen rei vindicatio kennt. L. 9 C. de hereditate vel actione vendita 4. 39 sagt: Certi et indubitati iuris est ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Allein die massgebende Frage ist für uns die: Wird durch die Abtretung der Vindikation Eigentum übertragen oder ist die Abtretung der Vindikation in ihrer sachenrechtlichen Wirkung nicht stärker als die Abtretung irgend eines obligatorischen Anspruchs?

Obligationen- und Sachenrecht verhalten sich zu einander wie Mittel zum Zweck, wenigstens, soweit Sachleistungen irgend welcher Art Gegenstand der Obligation sind. Der Käufer geht mit dem Verkäufer die Kaufobligation ein, damit er Sachherrschaft, Eigentum an der gekauften Sache, erlange; der Mieter schliesst mit dem Vermieter den Mietsvertrag, damit er Sachherrschaft, Besitz an der gemieteten Sache, erlange. Die persönliche Forderung schlingt eben nur ein Rechtsband um Partei und Gegenpartei, ergreift aber noch nicht die Sache, um deretwillen das Rechtsband geknüpft wurde. Es ist freilich möglich, dass die Personen innerhalb des Rechtsbandes wechseln, ohne, dass aber dadurch ihre Beziehungen zur Sache geändert würden: Der Erwerber eines Forderungsrechts, z. B. einer Kaufforderung, hat eben auch nur ein Mittel, seinen Zweck zu erreichen, die Sachherrschaft über irgend welchen Gegenstand zu erlangen. Im

---

[1]) so Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 41. 1897.

[2]) Übertragung der Reivindicatio auf Nichteigentümer in s. Jahrb. f. Dogmatik B. 1. 1857.

[3]) Archiv f. civ. Praxis B. 80, S. 305 ff. 1893.

Gegensatz zu den Klagen des Obligationenrechts, die nach einem sachenrechtlichen Erfolg hindrängen, stehen die sachenrechtlichen Klagen, deren Grundlage, nicht deren Zweck erst Sachherrschaft ist, insbesondere die rei vindicatio. Die persönlichen Klagen stehen sozusagen diesseits, die dinglichen Klagen jenseits eines Kulminationspunktes, den die ungeminderte Sachherrschaft bildet. Nur, wer Eigentümer ist, kann sich der rei vindicatio bedienen, aber auch nur der Eigentümer, dessen Sachherrschaft gemindert, des Besitzes entkleidet ist.

Hat nun, das ist der Kern der Frage, derjenige, welcher die rei vindicatio durch Abtretung erwirbt, die Stellung dessen zur Sache, dem eine persönliche Klage abgetreten wurde, oder die Stellung des Eigentümers, der ihm die Vindikation abtrat, m. a. W.: wird durch Abtretung der Vindikation Eigentumsübergang vermittelt oder bewirkt? Die Frage wird für das bisherige Recht übereinstimmend — mit einer gleich zu erwähnenden Ausnahme — im ersteren Sinn, also dahin beantwortet, dass der Cessionar durch die Abtretung der Vindikation kein Eigentum erwerbe, sondern erst mit der Erlangung des Besitzes; in diesem Sinn sprechen sich u. a. aus: Ihering,[1]) Attenhofer,[2]) de Carvajal y Viana[3]) und Stampe[4]). Auch das Reichsgericht sagt in einer Entscheidung vom 15. Juni 1880[5]): „Unzweifelhaft erscheint, dass durch die erwiesene — Cession . . . . . sich für die Klägerin kein Eigentumserwerb hat vollziehen können, aber daraus folgt doch eben nur, dass sie nicht — kraft eigenen Eigentumsrechts als Vindikantin klagend auftreten, sondern nur als Cessionarin die ihr übertragenen Rechte geltend machen kann."

Zimmermann[6]) allein nimmt an, dass durch die Cession der rei vindicatio ein „analoges Eigentum, dominium utile, — auf den Cessionar übergehe", seine Ansicht hat aber nirgends Anklang gefunden.

---

[1]) a. a. O. S. 119.

[2]) Der Gegenstand der Cession, Zeitschrift für schweiz. Recht. B. 26. (N. F. B. 4) S. 233 und 234. 1885.

[3]) Über die Cession der Reivindicatio, Göttinger Inaugural-Dissertation S. 7 ff. 1889.

[4]) a. a. O. S. 382.

[5]) Seufferts Archiv B. XXXVI Nr. 25.

[6]) Über fingierte und stillschweigende Cession, insbesondere der Vindikation Zeitschrift für Civilrecht und Prozess B. 15, S. 112. 1858.

Ist demnach als feststehend zu erachten, dass durch die Cession der rei vindicatio Eigentum nicht erworben werde, ist dagegen die Anspruchsabtretung als Eigentumserwerbsart Gegenstand dieser Arbeit, so dürfte es trotz mancher Berührungspunkte zwischen dem römisch- und gemeinrechtlichen und dem Institut des B.G.B. richtig sein, von einer dogmatischen Behandlung der römischen Vindikationscession abzusehen und unseren Gegenstand allein auf der Grundlage des B.G.B. zu betrachten; dies um so mehr, als die hauptsächlichsten Streitfragen der gemeinrechtlichen Vindikationscession, insbesondere die Stellung des Cedenten und des Cessionars nach der Cession[1]) und die Zulässigkeit und Bedeutung der Denuntiation[2]) an den dritten Besitzer, im B.G.B. ihre ausdrückliche Regelung gefunden und damit ihre praktische Bedeutung im wesentlichen verloren haben.

Wir haben uns daher darauf zu beschränken, hin und wieder das bisherige Recht zu streifen.

§ 1. Die Einigung.

Während, wie wir schon kurz[3]) gezeigt haben, in den Fällen der §§ 929 und 930 die Eigentumsübertragung nur zwei Personen, den Veräusserer und den Erwerber, berührt, wird im Fall des § 931 noch ein Dritter durch den Eigentumswechsel in Mitleidenschaft gezogen.

Die verschiedenen Wirkungen, welche der Eigentumsübergang auf die rechtliche Stellung der drei Personen ausübt, sind auf eine Ursache, die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, zurückzuführen, und so ergiebt es sich von selbst, dass zunächst dessen Wesen und sodann die Wirkung seiner Abtretung, die Rechtsstellung des Veräusserers, des Erwerbers und des Dritten, zu untersuchen ist.

Allein zuvor muss darauf hingewiesen werden, dass die Abtretung des Herausgabeanspruchs allein zum Eigentumserwerb noch nicht genügt. Fasst man nämlich die Vorschrift des § 931 ins Auge, so spricht dieselbe — dem Wortlaut nach — überhaupt

---

[1]) vergl. jedoch unten S. 44.
[2]) vergl. jedoch unten S. 54.
[3]) vergl. oben S. 7 ff.

nicht vom Eigentumserwerb, sondern sie verweist hinsichtlich seiner Voraussetzungen auf § 929, indem sie sagt, dass die Übergabe durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ersetzt werden könne. Es ist demnach zum Eigentumsübergang noch ein zweites erforderlich, wie das Gesetzbuch sich ausdrückt, dass „Eigentümer und Erwerber darüber einig sind, dass das Eigentum übergehe."

Wie verhält sich diese Einigung zur Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe?

Erstere ist der auf Sachherrschaft, speziell auf Erwerb und Verlust von Eigentum gerichtete Wille, letztere ist die Herstellung des diesem Willen entsprechenden äusseren Zustandes.

Es ist demnach zum Eigentumserwerb nach § 931 ein doppelter Vertragsschluss erforderlich: der eine betrifft die innere Geltung, der andere die äussere Erscheinung des Eigentums. Der erstere ist allen Eigentumsübertragungsarten eigen, der letztere ist bei den einzelnen verschieden und giebt ihnen ihr charakteristisches Gepräge.

Wir wenden uns daher zunächst zu ersterem und behalten die Darstellung des letzteren und seiner Wirkungen unseren §§ 2 bis 5 vor.

Die Einigung ist eine Willensübereinstimmung zwecks Begründung, Änderung und Aufhebung von Sachherrschaft, sie ist erforderlich zur Begründung des Eigentums an beweglichen[1]) wie an unbeweglichen[2]) Sachen, ferner zur Begründung nicht nur von Eigentum, sondern auch von beschränkteren dinglichen Rechten, wie Niessbrauch[3]) oder Pfandrecht.[4])

Sie ist die innere Sanktion, welche bei jeder Eigentumsübertragung die äussere Machtverschiebung von der Thatsache zum Recht[5]) erhebt, sie muss den betreffen, dem äusserlich der Machtzuwachs zu teil wurde. Die Parteien müssen daher, soll Eigentum übergehen, darüber einig sein, dass Eigentum gerade an denjenigen[6]) übergehen solle, dem die Sache übergeben oder,

[1]) § 929 ff.
[2]) § 873.
[3]) § 1032.
[4]) § 1205.
[5]) vergl. bes. § 929 S. 2.
[6]) vergl. Windscheid 8. Aufl. I. § 172 N. 13. 1900.

dem der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wurde; die Einigung muss sich deshalb auch gerade auf die Sache[1]) beziehen, welche von der Veränderung der Sachherrschaft betroffen wird.

Schon für das gemeine Recht stand es fest, dass Sachherrschaft, insbesondere Eigentum, nicht übertragen werden könne ohne einen sog. dinglichen Vertrag; hiebei war nur das Verhältnis dieses Vertrags zur Tradition streitig; nach den einen trat er in der Form der Tradition auf, so Windscheid[2]) und Dernburg,[3]) nach den anderen war der Vertrag mit der Tradition verbunden, aber ihr gegenüber selbständig, so Karlowa,[4]) Pernice,[4]) Schlossmann,[4]) Bekker.[4])

Der dingliche Vertrag steht im Gegensatz zum obligatorischen: letzterer bindet die Person, ersterer die Sache.[5]) Wir haben schon oben[6]) bemerkt, das Obligationenrecht verhalte sich zum Sachenrecht wie das Mittel zum Zweck. Ein Vertrag, sofern er Sachgüter betrifft, — also gerade die häufigsten Verträge, wie Kauf, Miete, Pacht, Schenkung, Leihe, Verwahrung — wird nicht um deswillen geschlossen, dass zwischen den Parteien eine Rechtsbeziehung geknüpft werde, sondern, damit Sachherrschaft übergehe, sei es Eigentum, wie beim Kauf, sei es Besitz, wie bei der Miete. Wenn nun aber auch Sachherrschaft nach der Absicht der Parteien übergehen soll, so bringt es doch vor allem die Interessenverschiedenheit der Parteien und die Unmöglichkeit, sämtliche Bedürfnisse sogleich nach geäussertem Wunsch zu befriedigen, mit sich, dass vor der Befriedigung des auf Sachherrschaft gerichteten Parteibedürfnisses ein Stadium des Unbefriedigtseins unter den Parteien herrscht. Doch entbehrt dieses Stadium der Gebundenheit nicht, einer Gebundenheit, die im Hinblick auf eine Sache zwischen den Parteien besteht, die aber die Sache selbst nicht ergreift. Denn hat A eine Sache zuerst dem B, dann dem C verkauft und diesem übergeben, so kann zwar B gegen A Rechte geltend

---

[1]) vergl. Windscheid I. § 172 N. 14, vergl. unten S. 21.

[2]) I § 171 N. 2.

[3]) Pandekten I § 211 N. 2. 6. Aufl. 1900.

[4]) citiert bei Endemann, Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs: Sachenrecht § 17 N. 3, 3.—5. Aufl. 1900.

[5]) vergl. jedoch unten S. 15.

[6]) S. 9.

machen, insbesondere Schadensersatz wegen Nichterfüllung[1]) verlangen, die Sache selbst aber ist einer Beeinflussung durch ihn entzogen, sie ist in die Sachherrschaft des C übergegangen, selbst, wenn dieser um den Kauf des A wusste, bevor er selbst die Sache kaufte. Wohl wird es unter Umständen möglich sein, auch dem C zu Leibe zu rücken, zumal mit der Waffe des § 826, die Sache jedoch ist für B unerreichbar.[2]) Diesem Stadium der Gebundenheit der Person gegenüber stellt jenes Stadium einen Fortschritt dar, in welchem eine Bindung der Sache erfolgt. Freilich ist es eine Frage des positiven Rechts, ob eine Scheidung zwischen Bindung der Person und Bindung der Sache überhaupt eintritt, ferner, ob bei Vorhandensein dieser Scheidung die Bindung der Sache nicht identisch ist mit der Erreichung des beabsichtigten Zwecks, mit Übergang der Sachherrschaft. Diese Scheidung ist z. B. beim französischen Recht nicht vorhanden, hier gilt der Satz: La propriété des biens s'acquiert et se transmet — par l'effet des obligations.[3]) Mit Abschluss des Kaufvertrags[4]) hat der Käufer auch schon Eigentum erworben, Bindung der Person ist hier identisch mit Bindung der Sache.[5]) Anders das gemeine Recht und ihm folgend das B.G.B.; sie sind von dem Grundsatz beherrscht: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.[6])

Durch den Kaufvertrag geht nicht etwa Eigentum über, sondern aus ihm entstehen Verpflichtungen, deren eine es ist, Eigentum zu verschaffen: Bindung der Person geht voran der Bindung der Sache. Die Bindung der Sache erfolgt durch den dinglichen, d. h. das Ding, das Sachgut selbst, und nicht mehr bloss die Person in die Gebundenheit einbeziehenden Vertrag, durch die Einigung des B.G.B. Während aber im bisherigen Recht „die thatsächliche Einräumung der Sachherrschaft und die Einigung als einheitlicher Gesamtakt“[7]) erschien, sodass beide zusammen den ding-

---

[1]) § 325.

[2]) vergl. allerdings § 249 S. 1.

[3]) code civil a. 711.

[4]) code civil a. 1583.

[5]) Zachariae-Crome, Handbuch des franz. Civilrechts. 8. Aufl. 1. Band. S. 330 ff. 1894.

[6]) L. 20 Cod. de pactis 2. 3.

[7]) Endemann a. a. O. § 19. 1.

lichen Vertrag darstellten, unterscheidet das B.G.B. mit Recht den dinglichen Vertrag, die Zuspitzung der Personengebundenheit zur Sachgebundenheit durch bewusste Vorstellungsthätigkeit, und die Übergabe oder deren Surrogate d. h. das dieser Vorstellungsthätigkeit entsprechende äussere Verhalten. Wille und Handlung sind gleichstehende, gleich unentbehrliche Faktoren. Scheidet nun aber auch das B.G.B. zwischen Bindung der Person und Bindung der Sache, so fällt doch die letztere mit dem beabsichtigten Rechtserwerb, z. B. dem Eigentumserwerb, zusammen.[1]) Irrig wäre es, anzunehmen, dass ein Faktor allein, etwa der Wille, der dingliche Vertrag, die Sache auch ohne Handlung, ohne Übergabe, binde, sodass die Sache in keine andere Sachherrschaft mehr übergehen könnte als in die desjenigen, mit welchem der dingliche Vertrag stattgefunden hat. Ein derartiges ius ad rem entsteht nach preussischem Recht[2]) schon mit Abschluss des obligatorischen Vertrags zu Gunsten des Gläubigers, welcher eine spezielle Sache zu fordern hat, gegen „solche Dritte, welche die Sache in Kenntnis des Bestehens jenes älteren Anspruchs erworben haben.“ Auch das französische Recht[3]) anerkennt „in vielen Fällen eine unmittelbare Wirkung der Obligation auf Innehabung einer Sache zu Eigentum oder Genuss auf diese Sache selbst, und damit auch gegen dritte Personen, die mit der Sache in Berührung treten.“ Hierher gehört insbesondere die dingliche Wirkung des Anspruchs aus der Miete, wonach Kauf, Tausch, Schenkung und dergl. Miete nicht bricht.

Ein ius ad rem irgend welcher Art kennt das B.G.B. nicht, jedenfalls nicht bei beweglichen Sachen, sodass hier von einer Bindung der Sache nicht gesprochen werden kann im Gegensatz zur erworbenen Sachherrschaft, sondern nur im Gegensatz zu der durch den obligatorischen Vertrag bewirkten Bindung der Person. Freilich kann demjenigen, welcher sich nach Abschluss des dinglichen Vertrags, z. B. mit dem ersten Käufer, und vor der Übergabe an denselben die Sache übereignen lässt, noch leichter die Schadensersatzklage des § 826 drohen als dem zweiten Käufer

[1]) vergl. jedoch § 161, der ausnahmsweise eine vom Eigentumserwerb verschiedene dingliche Gebundenheit der Sache kennt; beachte aber bes. Abs. 3.

[2]) Dernburg, Lehrb. d. preuss. Privatrechts 1. Band. S. 450. 4. Aufl. 1884.

[3]) vergl. Zachariae-Crome a. a. O. S. 348.

in dem oben S. 14 erwähnten Fall, weil hier das Eigentum des ersten Käufers seiner Verwirklichung viel näher war wie oben.

Dass das B.G.B. ein derartiges ius ad rem, „ein Zwischenrecht zwischen dinglichem Recht und obligatorischem, nicht kenne," betont auch nachdrücklich Romeick.[1]) Endemann[2]) lehrt hingegen, aus dem dinglichen Vertrage entstehe für den Erwerber ein dinglicher „Anspruch" auf das Sachgut. Der Berechtigte habe aber ein Verfolgungsrecht der Sache nur gegen seinen Veräusserer und dessen dinglich gebundene Rechtsnachfolger d. h. gegen seine Erben, und die bösgläubigen Erwerber . . . . . Danach habe der dingliche Vertrag nur eine „relativ dingliche Wirkung unter den Beteiligten." An anderer Stelle[3]) trägt er vor: „Beim Erwerb beweglicher Sachen genügt die blosse formlose Einigung, um die dingliche Bindung beider Beteiligten zu endgültigem Abschlusse zu bringen. Das wörtliche Angebot zur Eigentums- oder Pfandübertragung gewährt dem Erklärungsempfänger das gesicherte Vertrauen (dies durch die bindende Kraft des Antrags nach § 144 ff.), durch die Annahme die dingliche Rechtsgewalt zu erlangen."

Nicht mit Unrecht nennt Romeick[4]) diese Ausführungen schillernd und zweideutig.

Was soll der „dingliche Anspruch" auf das Sachgut bedeuten? Offenbar mehr als einen persönlichen Anspruch des Erwerbers und weniger als ein dingliches Recht. Ein solches Zwischenrecht kennt aber das B.G.B. nicht und Endemann behauptet es auch nicht für das B.G.B. Was soll ferner die „dingliche Rechtsgewalt" bedeuten, die der Eigentümer durch den dinglichen Vertrag erlangt? Ist dies ein dingliches Recht oder ein ius ad rem? Beide Rechte erzeugt der dingliche Vertrag nicht. Dieser ist zur Erlangung dinglichen Rechts erforderlich, aber nicht genügend, es kann aus ihm allein nicht einmal auf Verschaffung des dinglichen Rechts geklagt werden. Wenn Endemann[5]) weiter-

---

[1]) Zur Technik des B. G.-B. I. Dinglicher Vertrag, in den Jahrb. f. württ. Rechtspflege. 12. Band. 1. Heft. 1900.

[2]) a. a. O. S. 61/62.

[3]) a. a. O. S. 76.

[4]) a. a. O. S. 101.

[5]) a. a. O. S. 77.

hin sagt: „Ein derartig konsensualer dinglicher Vertrag hat aber nur einen bedingten Wert; er ist machtlos gegenüber einem dritten gutgläubigen Erwerber," so ist die in diesem Satz liegende Einschränkung nicht als zutreffend anzusehen. Der dingliche Vertrag an sich erzeugt gar keine Gebundenheit der Sache; es ist nicht einzusehen, warum ein Eigentümer, der mit einem Erwerber einen dinglichen Vertrag bereits abgeschlossen hatte,[1]) nicht mit einem anderen zufällig bei diesem Vertragsschluss anwesenden also schlechtgläubigen Erwerber einen dinglichen Vertrag sollte eingehen und ihm damit Eigentum an der bereits verkauften Sache verschaffen können; die Schadensersatzpflicht eines solchen Veräusserers steht auf einem anderen Blatt. Die dingliche Wirksamkeit des zweiten Geschäfts steht jedoch ausser Frage, wenn das positive Recht ein ius ad rem nicht kennt. Wenn nun die Einigung (der dingliche Vertrag) allein eine Bindung der Sache nach dem B.G.B. nicht bewirkt, wenn sie aber andererseits neben dem obligatorischen Vertrag unerlässlich ist, so fragt es sich, ob zwischen dem obligatorischen und dinglichen Vertrag nicht bestimmte Beziehungen existieren, welche dem dinglichen Vertrag selbständige Bedeutung verleihen. Wir müssen dabei wieder[2]) auf einen ganz allgemeinen Unterschied zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht zurückgreifen.

Jenes ist begrifflich relativ, dieses begrifflich absolut; das will sagen: Es lässt sich keine obligationenrechtliche Erscheinung denken ohne Personenbeziehung; das Obligationenrecht ist die Norm für die Thätigkeit der Rechtspersönlichkeiten untereinander zum Zweck der Befriedigung ihrer widerstrebenden d. h. entgegengesetzten wirtschaftlichen Bedürfnisse (z. B. Ware oder Geld). Eine Erscheinung des Obligationenrechts kann nicht entstehen, ohne, dass mindestens zwei Personen oder doch wenigstens eine Person in Richtung auf eine andere (z. B. beim Antrag) thätig wird. Anders beim Sachenrecht: ist Sachherrschaft einmal entstanden, sei's auf originärem sei's auf derivativem Weg, so besteht es zunächst ohne Beziehung zu anderen als zu demjenigen, dem es zusteht. Es besteht nicht, wie das Obligationenrecht, als Mittel zum Zweck, sondern als Selbstzweck, als Endzweck. Die

[1]) damit aber über die Sache noch nicht verfügt hat, vergl. dag. § 161.
[2]) vergl. oben S. 13.

Beziehung zu anderen, und zwar zu bestimmten anderen, ist beim Obligationenrecht das normale, zu seiner Existenz notwendige, beim Sachenrecht, wenn diese Beziehung nicht auf dem Willen des Berechtigten (z. B. des Eigentümers bei der Niessbrauchbestellung) beruht, das anormale, pathologische. Wenn das Eigentum entzogen oder sonst beeinträchtigt wird, dann erst tritt der Eigentümer, der bisher niemanden oder auch allen gegenüberstand, an welche die Gesetzesvorschrift sich wendet, in Beziehung zu bestimmten Personen, die störend in seinen Rechtskreis eingedrungen sind.

Daraus ergiebt sich nun auch das Verhältnis zwischen obligatorischem und dinglichem Vertrag: mit dem obligatorischen Vertrag beginnen die bindenden Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen, er ist das Ergebnis eines Abwägens und Ausgleichens entgegengesetzter Interessen, die schliesslich in wesentlichen Punkten versöhnt werden. Jedenfalls sieht der dingliche Vertrag von diesen klargestellten Rechtsbeziehungen ab und leitet über zur Sachherrschaft: Rechte und Pflichten sind mehr oder weniger eingehend festgelegt, dieses Stadium wird abgeschnitten, man kommt nun zur Sache selbst.

Der dingliche Vertrag hat somit abstrakte Natur. Diese abstrakte Natur zeigt sich besonders deutlich in den Fällen des Irrtums.

Man denke sich folgenden Fall: A fragt B, ob er ihm nicht ein bestimmtes Buch abtreten könne, A meint schenkweise, B meint käuflich zum üblichen Preise. Wenn B einwilligt und dem A das Buch übergiebt, so hat A Eigentum an demselben erworben, wenn auch die Parteien über den Grund des Eigentumserwerbs verschiedener Meinung waren: ein Irrtum über den Grund der die Einigung erzeugenden Willenserklärungen berührt ihre Giltigkeit nicht, sondern verschafft dem B nur eine condictio sine causa, einen Anspruch auf Herausgabe mangels rechtlichen Grundes.[1])

Die Ansicht, dass der dingliche Vertrag des B.G.B. abstrakt, d. h. losgelöst von dem obligatorischen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, giltig sei, vertreten u. a. Endemann,[2]) Cosack[3])

[1]) § 812 Abs. 1 S. 1.

[2]) a. a. O. § 17,2.

[3]) Sachenrecht § 177, I 7. 1900,

und Dernburg.[1]) Dem steht freilich nicht entgegen, dass das kausale Rechtsgeschäft in den dinglichen Vertrag einbezogen, dass also z. B. der Eigentumsübergang von dem Eintritt oder Ausfall einer Bedingung, etwa der Zahlung des Kaufpreises, abhängig gemacht werden kann. Mit Recht sagt in dieser Hinsicht Dernburg[2]): „Wenn auch der abstrakte Vertrag ausreichen kann, so ist er keineswegs notwendig.“ Auch nach Cosack[3]) sind die Parteien „befugt, den dinglichen Vertrag auch auf eine Zweckzuwendung zu richten, d. h. den Zweck der Rechtsbegründung nicht bloss in ihrem dinglichen Vertrag zu erwähnen, sondern das zu begründende dingliche Recht von diesem Zweck materiell abhängig zu machen.“ Wenn Romeick[4]) hierin eine Einigung deswegen nicht erblickt, weil sich hier die „obligatorische Masse“ noch nicht „zu einem sachenrechtlich brauchbaren Endresultat abgeklärt“ habe, so verkennt er, dass die Einigung nicht ein objektiver Zustand, sondern ein subjektiver Vorstellungskomplex ist, zu dem die Parteien je nach den Anforderungen, welche sie an die Solidität eines Rechtsgeschäfts stellen, bald früher, bald später, bald mit, bald ohne Schranken gelangen können. Nicht, wenn die obligatorische Masse geklärt ist, sondern, wenn sie die Parteien für geklärt halten, ist sie reif zur Überleitung ins Sachenrecht.[5])

Die Willenserklärungen, welche die Einigung ausmachen, müssen vollgiltig sein. Nicht rechtsgiltig ist die geäusserte Willenserklärung dann, wenn die Person, von der sie herrührt, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt[6]) ist, wobei es gleichgiltig ist, ob die Person zur Zeit des Abschlusses des obligatorischen Vertrags sich noch voller Geschäftsfähigkeit erfreute. Ist also bei einem Verkäufer, der sich seiner Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag durch Übergabe entledigen will, zwischen Abschluss des Vertrags und Übergabe plötzlich Geisteskrankheit ausgebrochen, so könnte die vertragsmässig erfolgende Übergabe

---

[1]) Sachenrecht § 99, I 2. 1898.
[2]) a. a. O. § 99 I 2.
[3]) a. a. O. § 177 I 7.
[4]) a. a. O. S. 106.
[5]) vergl. jedoch für die Auflassung § 925 Abs. 2.
[6]) § 107.

kein Eigentum begründen, da[1]) die Willenserklärung des Geisteskranken mit der des Käufers zusammen eine Einigung nicht darstellen kann. Ebensowenig kann von einer Einigung die Rede sein, wenn die Willenserklärung einer Partei zum Schein oder nicht im Ernst abgegeben wurde und daher[2]) nichtig ist. Es gelten ferner die allgemeinen Vorschriften über die Voraussetzungen der Giltigkeit eines obligatorischen Vertrags[3]) auch für die „Einigung" des B.G.B., für den dinglichen Vertrag, z. B. die Vorschrift des § 107, wonach ein Minderjähriger den dinglichen Vertrag, sofern er ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht abschliessen kann. Freilich wird, wenn der Minderjährige den obligatorischen Vertrag mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters abgeschlossen hat, in den meisten Fällen auch eine stillschweigende Einwilligung hinsichtlich des Abschlusses des dinglichen Vertrags vorliegen, sodass solchenfalls auch ohne erneute Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der Minderjährige Eigentum übertragen könnte; allein es lassen sich Fälle denken, in denen der gesetzliche Vertreter nach dem Abschluss des obligatorischen von ihm genehmigten Vertrags seitens des Minderjährigen Bedenken trägt, den dinglichen Vertrag einzugehen und dem Minderjährigen dessen Abschluss und die Übergabe verbietet. Würde der Minderjährige diesem erklärten Willen entgegenhandeln, so würde er kein Eigentum übertragen.

Es ist nicht daran zu zweifeln — für das Gegenteil wäre auch kein Grund einzusehen, — dass die Vorschriften der §§ 108 ff. an Verträge jeder Art, also auch an dingliche, denken. In dieser Hinsicht ist auch der § 110 kein Hindernis, der von vertragsmässiger Leistung spricht: man denke z. B. an ein Handgeschenk, wo die Übergabe die dem dinglichen Vertrag entsprechende Leistung ist. Unbedingt müsste übrigens § 107 auch auf dingliche Verträge bezogen werden, da dieser ganz allgemein von „Willenserklärungen" spricht, zu denen Einwilligung erforderlich ist.

Dass die Einigung auch durch Stellvertreter und unter Stellvertretern erfolgen kann, ist nicht zu bezweifeln[4]) und entspricht einem praktischen Bedürfnis.

---

[1]) §§ 104, 2; 105.
[2]) §§ 117, 118.
[3]) §§ 107 ff.
[4]) vergl. § 164.

Für den dinglichen Vertrag gelten auch die Vorschriften des B.G.B. §§ 145 ff., insbesondere über die bindende Wirkung des Antrags zur Eingehung des dinglichen Vertrags und über das Erlöschen desselben. Es ist ferner zur Eigentumsübertragung durchaus nicht nötig, dass die Parteien zum Zweck der Einigung zusammenkommen,[1]) vielmehr kann durch ein telephonisches Gespräch zwischen A in Stuttgart und B in Berlin gemäss § 931 Eigentum an Waren übergehen, die für B in Hamburg lagern.

Zum Eigentumserwerb ist (neben der Übergabe) erforderlich, dass die Parteien darüber einig sind, dass das Eigentum übergehe;[2]) es muss aber deutlicher gesagt werden: es genügt nicht eine Einigung über den Eigentumsübergang überhaupt, sondern die Einigung muss sich gerade auf die Sache beziehen, welche übergeben wurde oder übergeben werden soll.[3])

Der Gegenstand muss genügend individualisiert sein. Diese Individualisierung wird sich bei der Einigung im Falle des § 931 vielfach anders vollziehen als in den gewöhnlichen Fällen der Tradition, bei denen auf die sinnliche Wahrnehmung abgestellt wird. Es erfolgt vielfach eine Individualisierung nach Merkmalen, die aber genügt, sobald über die Identität des Gegenstands kein Zweifel sein kann.

Die Einigung ist vielfach vom Kausalgeschäft äusserlich nicht zu scheiden, sondern fliesst mit ihm in einen Vorgang zusammen. Wenn jemand in einem Cigarrenladen aus einem „Zehnerkistchen“ eine Cigarre herausnimmt, sich dieselbe anzündet und das Geld für die Cigarre auf den Ladentisch legt, so liegt hierin der Antrag an den Verkäufer, sowohl einen Kaufvertrag als einen Übereignungsvertrag, die Einigung, einzugehen, durch die Annahme des Geldes werden beide Verträge gleichzeitig perfiziert, sofern sie nicht, z. B. bei regelmässigen auf Kredit kaufenden Kunden, als schon vor der Bezahlung zustandegekommen anzusehen sind. Nicht nur mit dem Kausalgeschäft fliesst in unserem Beispiel die Einigung zusammen, sondern auch mit dem Vollzugsgeschäft der Übereignung, während sonst die Einigung ebenso gut der Übergabe oder der Surrogaten voran-

[1]) vergl. dageg. § 925 Abs. 1.
[2]) § 929.
[3]) Windscheid I § 172 No. 14.

gehen oder nachfolgen kann. Der zeitliche Zusammenhang zwischen Einigung und Vollzugsgeschäft bestimmt aber nicht mit Notwendigkeit zugleich den Augenblick des Eigentumsübergangs: wenn im Fall des § 931 die Einigung gleichzeitig mit der Anspruchsabtretung stattfindet oder derselben nachfolgt, so muss die Einigung nicht dahin gehen, sofort Eigentum zu übertragen, ebensowenig braucht die Einigung, wenn sie der Anspruchsabtretung vorangeht, sich darauf zu richten, mit der Anspruchsabtretung zu übereignen: die Einigung kann bedingt oder befristet erfolgen.[1]) Das ist bei einem Eigentumserwerb nach § 931 namentlich dann von Bedeutung, wenn ihm das wichtigste Kausalgeschäft, der Kauf, zu Grunde liegt.

Hier fragt es sich nämlich, wann die Gefahr auf den Käufer übergeht. Wenn A dem B seinen Hund, den er dem C auf einige Zeit geliehen hat, auf Grund eines Kaufes gemäss § 931 übereignet, und der Hund nach der Anspruchsabtretung an B, aber vor dessen Besitzerwerb, verendet, ist dann B zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet oder nicht?

Die Gefahr des zufälligen Untergangs der verkauften Sache geht auf den Käufer mit deren körperlicher Übergabe über.[2]) Diese Bestimmung ist nur eine Konsequenz des § 433, wonach der Verkäufer zur körperlichen Übergabe der verkauften Sache verpflichtet ist und seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag durch einen Übergabeersatz, etwa eine Anspruchsabtretung gemäss § 931, nicht genügt. Natürlich kann aber der Käufer den Verkäufer von dieser Verpflichtung entbinden und sich mit einer Anspruchsabtretung begnügen: in diesem Fall geht aber, sofern sofort Eigentum übergehen soll, auch die Gefahr auf den Käufer schon mit der Anspruchsabtretung, nicht erst mit der körperlichen Übergabe[3]) über, da hier die Prämisse des § 446, die Verpflichtung zur körperlichen Übergabe gemäss § 433, wegfällt.[4]) B wäre demnach zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, denn A ist seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag zur Eigen-

[1]) vergl. oben S. 19.

[2]) § 446 Abs. 1 S. 2.

[3]) oder der Auslieferung im Fall des § 447 Abs. 1.

[4]) Im Ergebnis übereinstimmend: Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, zu § 446, 1 a. 1899, Cosack a. a. O. § 122 II, 6; a. A. Planck, Kommentar zum B.G.B. zu § 446 No. 2 b α. 1899.

tumsverschaffung und Übergabe nachgekommen. Nimmt man dagegen an, die Einigung sei befristet [1]) gewesen, d. h. sie sei dahin gegangen, dass Eigentum nicht sofort mit der Anspruchsabtretung, sondern erst mit dem Besitzerwerb (d. h. mit dem Erwerb des unmittelbaren Besitzes) übergehe, so kann in unserem Beispiel der Verkäufer seiner Verpflichtung aus § 433, Eigentum an dem Hund zu übertragen, nicht entsprechen, der Käufer ist daher zur Kaufpreiszahlung nicht verpflichtet. Man möchte vielleicht dieses Ergebnis auf Grund der §§ 440 Abs. 1, 324, Abs. 1 S. 1 deswegen für unrichtig halten, weil der Tod des Hundes, die Ursache des Leistungsunvermögens des Verkäufers, nach dem Gefahrübergang eingetreten und daher vom Käufer zu vertreten sei. Allein es ist anzunehmen, dass, wenn Eigentum erst mit der Erlangung des Besitzes übergehen soll, dies auch für den Übergang der Gefahr gilt:[2]) denn der sofortige Eigentumsübergang — und nur er — ist eine Risikoprämie für den verfrühten Gefahrübergang. Nur, wenn dem Erwerber der Vorteil des § 931, der sofortige Eigentumserwerb, zukommt, darf ihm sein Nachteil, der verfrühte Gefahrübergang, aufgebürdet werden. Demselben Sicherungszweck des Käufers wie die befristete Einigung kann die Abtretung des Herausgabeanspruchs dienen, welcher nach erlangtem Besitz die Einigung nachfolgt. Nur ist dies eine Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2 und nicht nach § 931. Wird daher der Veräusserer nach der befristeten Einigung und Anspruchsabtretung geschäftsunfähig, so wird dadurch der Eigentumsübergang nach erfolgtem Besitzübergang nicht gehindert, während im anderen Fall der nach der Anspruchsabtretung geschäftsunfähig gewordene Veräusserer nach erfolgtem Besitzübergang die Einigung nicht vollziehen,[3]) somit auch Eigentum nicht übertragen kann.

Bei dem praktisch so erheblichen Unterschied zwischen unbefristeter und befristeter Einigung ist es eine wichtige, aber auch schwierige Auslegungsfrage, wann die eine oder andere Art der Einigung anzunehmen ist. Wir halten es auch für äusserst gewagt, für solche dem praktischen Leben angehörige Gestaltungen Auslegungsregeln aufzustellen, ehe die neue Eigentumserwerbsart das

[1]) § 163.

[2]) Im Fall des § 447 Abs. 1 ginge hier die Gefahr mit der Auslieferung über.

[3]) § 105 Abs. 1.

praktische Leben durchdrungen und damit eine einschlägige Rechtsprechung hervorgerufen hat. Nur soviel sei bemerkt: die Auslegung der Einigung kann nicht erfolgen, ohne, dass auf das ihr zu Grunde liegende Kausalgeschäft zurückgegriffen wird, keines der möglichen Kausalgeschäfte aber schliesst die eine oder andere Art der Einigung aus. Findet z. B. der Eigentumsübergang nach § 931 auf Grund eines Kaufes statt, so ist es ebensogut möglich, dass sofortiger als, dass erst mit der Besitzerlangung eintretender Eigentumserwerb seitens der Parteien beabsichtigt ist. Da beim Kauf der Ersatz der Übergabe durch Anspruchsabtretung immerhin etwas aussergewöhnliches ist, so wird man mit Recht fragen, warum die Parteien zu diesem Übergabeersatz gegriffen haben, und besonders zwei Gründe finden, welche die Parteien bestimmen, von der körperlichen Übergabe abzusehen: auf der einen Seite das Interesse des Käufers an möglichst raschem Eigentumserwerb (etwa zum Zweck sofortiger Weiterveräusserung), auf der anderen Seite das Interesse des Verkäufers an möglichst leichter Erfüllung seiner Verpflichtungen (dem erkrankten Verkäufer wird etwa nachgelassen, die Übergabe durch Anspruchsabtretung zu ersetzen). Hier ist im Zweifel anzunehmen, dass es sich im ersten Fall um eine unbefristete Einigung handelt, im zweiten Fall um eine befristete, so dass Eigentum und Gefahr dort mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs, hier mit der Erlangung des Besitzes auf den Käufer übergiengen. Auch bei anderen Eigentumsübertragung bezweckenden Kausalgeschäften, z. B. dem Tausch oder der Hingabe an Erfüllungsstatt, wird diese Interessenverschiedenheit ein für die Auslegung erheblicher Faktor sein. Liegt der Anspruchsabtretung eine Schenkung zu Grunde, so wird im allgemeinen eine Einigung über den sofortigen Eigentumsübergang seitens der Parteien anzunehmen sein.

Ebenso wie die Art der Einigung, so ist auch von Fall zu Fall zu prüfen, ob bei Abtretung eines Herausgabeanspruchs und Vorhandensein einer causa Eigentumserwerb überhaupt nach § 931 und nicht etwa nach § 929 S. 2 sich vollzieht; jedenfalls spricht u. E. bei Vorhandensein der genannten Voraussetzungen keine Vermutung für den Fall des § 931. Letzteres trifft auch dann zu, wenn der Eigentümer von Lagergut etwa einem Käufer einen sog. Extraditionsschein oder Stellzettel aushändigt, d. i. eine Ur-

kunde, in welcher der Einlagerer den Lagerhalter[1]) ermächtigt oder anweist, das Gut der in der Urkunde genannten Person gegen Vorzeigung der Urkunde auszufolgen.[2]) Die Ausstellung eines Extraditionsscheines zu Gunsten der Gegenpartei und seine Aushändigung an letztere bedeutet zwar die Abtretung des dem Einlagerer gegen den Lagerhalter zustehenden Herausgabeanspruchs; ob aber hierin eine Einigung über den sofortigen Eigentumsübergang gelegen ist, das ist auch hier[3]) quaestio facti.

§ 2. Der Anspruch auf Herausgabe.

Bei der Auslegung des Anspruchs auf Herausgabe knüpfen wir an die Entwicklung des gemeinen Rechts an, das die Abtretung der rei vindicatio zwar nicht als Eigentumsübertragungsart kannte, wohl aber zu Übereignungszwecken benützte.[4])

Unter dem Herausgabeanspruch des § 931 ist demnach, wie schon kurz[5]) bemerkt, jedenfalls die Klage des § 985,[6]) die sich im wesentlichen mit der rei vindicatio des gemeinen Rechts deckt, zu verstehen: es ist die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer, gestützt auf das Eigentum, gerichtet auf Herstellung des dem Eigentum im allgemeinen entsprechenden äusseren Besitzstandes. Dass diese Klage im § 931 jedenfalls gemeint ist, ergiebt sich aus den Voraussetzungen dieser Eigentumserwerbsart, wonach auch hier der Nichteigentümer Besitzer, der Eigentümer Nichtbesitzer ist, und auch der Anspruch auf Herausgabe gerade dem Eigentümer zusteht, der ihn abtreten will. Aber auch im Gesetz haben wir einen direkten Anhaltspunkt dafür, dass unter dem Anspruch auf Herausgabe jedenfalls die Vindikation zu verstehen ist. Der Besitzer einer nach § 931 veräusserten Sache kann nämlich nach § 986 Abs. 2 dem neuen Eigentümer (wenn er den Anspruch auf Herausgabe geltend macht) die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den

[1]) HGB § 416.

[2]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. S. 520, 5. 1900.

[3]) vergl. oben S. 24.

[4]) vergl. oben S. 10.

[5]) vergl. oben S. 8.

[6]) Wir nennen im folgenden diese Klage der Einfachheit halber und, weil für sie ein deutscher terminus technicus noch nicht geprägt ist, Vindikation.

abgetretenen Anspruch zustehen. Da § 986 unter dem Titel: „Ansprüche aus dem Eigentum“ untergebracht ist, die Titel des Gesetzes aber zweifellos gesetzliche Kraft haben, so ist im Fall des § 986 Abs. 2 mit dem Anspruch auf Herausgabe ein Anspruch aus dem Eigentum, und zwar die Vindikation, jedenfalls[1]) gemeint. Das leuchtet auch ohne weiteres ein, dass, wenn einmal eine Klageabtretung geeignet sein soll, (in Verbindung mit der Einigung) Eigentum zu verschaffen, diese Kraft am ehesten der Klage innewohnen muss, welche die Macht des Eigentums am deutlichsten zeigt, durch welche das Eigentum sich gegenüber dem thatsächlichen Zustand fremden Besitzes siegreich behauptet.

Freilich wäre die Auffassung falsch, der Anspruch auf Herausgabe mache geradezu das Wesen des Eigentums aus, so dass der Eigentümer mit dessen Abtretung sich seiner Sachherrschaft vollständig begeben hätte. Die Vindikation steht nicht dem Eigentümer als solchem zu, sondern nur dem Eigentümer, welcher nicht im Besitz der Sache ist. Solange der Eigentümer in ungestörter Ruhe sich seines Eigentums freut, hat er den Anspruch nicht; es geht also auch nicht an, einen Anspruch als Kern des Eigentums zu bezeichnen, dessen Voraussetzung geradezu eine Verletzung des Eigentums ist. Diesem Gedanken hat das B.G.B. dadurch Rechnung getragen, dass es zum Erwerb des Eigentums die Abtretung der Vindikation allein nicht genügen lässt, sondern ausserdem das Zustandekommen der Einigung fordert. Wird die Vindikation allein abgetreten, so hat deren Abtretung dieselbe Wirkung wie die Abtretung einer persönlichen Klage: es kann hier Eigentum nur auf der Grundlage des erworbenen Besitzes gewonnen werden, es wird, wie bei der römischen cessio rei vindicationis, durch Abtretung der Vindikation Eigentumsübergang nicht bewirkt, sondern nur vermittelt.

Gründe, welche einen Eigentümer bewegen können, lediglich die Vindikation abzutreten, ohne zugleich die Einigung einzugehen, lassen sich manche denken: vielleicht hat der Eigentümer überhaupt nicht die Absicht, sein Eigentum aufzugeben, aber er tritt z. B. als Vermieter, dem die Mietssache abhanden gekommen ist, seinem Mieter[2])[3]) die Vindikation behufs Erlangung des Miets-

[1]) vergl. unten S. 49.

[2]) § 281.

[3]) Windscheid II § 337 letzter Abs.

besitzes ab, oder der Eigentümer hat zunächst noch nicht die Absicht, sich seines Eigentums zu entäussern, aber er will wenigstens der anderen etwa für einen verlorenen Gegenstand sich interessierenden Partei Gelegenheit geben, sich den Besitz der Sache zu verschaffen; in solchem Fall könnte sich ein nachträglicher Eigentumserwerb bequem in der Form von § 929 S. 2 vollziehen. Des praktisch bedeutsamen Falles, wo bei einem Verkauf zwar die Vindikation abgetreten, aber nicht die Einigung eingegangen wird, um den früheren Gefahrübergang im Fall des § 931 zu vermeiden, ist schon[1]) gedacht worden.

Jedenfalls ist Eigentum ohne Eigentumsanspruch und Eigentumsanspruch ohne Eigentum denkbar.

Dass durch die Übereignungsart des § 931 der Güterumsatz ausserordentlich erleichtert wird, ist zweifellos. Freilich ist es sicherer, wenn A dem B an den gekauften Waren das Eigentum durch Übergabe verschafft, und dahin geht auch die Verpflichtung des Verkäufers[2]) sofern nicht der Käufer davon absieht.[3]) Thatsächlich ist es aber für viele Verhältnisse verlockend bequem und praktisch, Eigentum durch einfache Anspruchsabtretung gemäss § 931 übergehen zu lassen. Man denke sich etwa folgende Fälle: A hat, da er in einem guten Weinjahr in seinem Keller keinen Platz mehr fand, ein Fass mit Wein seinem Bruder in Stuttgart zur Verwahrung gegeben: er kann auf der Reise von Berlin nach Hamburg Eigentum an dem Fass und dessen Inhalt übertragen, ohne, dass der Bruder auch nur eine Ahnung davon hat. —

X wird aus politischen Gründen plötzlich ausgewiesen und hat deshalb den dringenden Wunsch, sein Vermögen zu versilbern.[4]) Sein Freund Y ist gerne bereit, ihm mit barem Geld auszuhelfen und ihm Juwelen abzukaufen, die er einer Bank verpfändet hat. Kann man sich zu diesem Zweck ein kürzeres und zugleich doch mit so einschneidenden Folgen ausgestattetes Verfahren denken als das des § 931?

Wir begnügen uns einstweilen mit dem Ergebnis, dass unter dem Anspruch auf Herausgabe im Sinne des § 931 in den bis

[1]) vergl. oben S. 23.
[2]) vergl. § 433.
[3]) vergl. oben S. 22.
[4]) vergl. de Carvajal y Viana a. a. O. S. 4.

jetzt erwähnten Fällen die Vindikation jedenfalls verstanden werden kann und, dass ihre Abtretung zum Eigentumserwerb genügend ist, und werfen nunmehr ganz allgemein die Frage auf, ob der Anspruch auf Herausgabe stets als Vindikation aufgefasst werden muss.

Der Anspruch auf Herausgabe ist nicht eindeutig wie die römische rei vindicatio, sondern mehrdeutig: dem bestohlenen Eigentümer steht gegen den besitzenden Dieb nicht nur ein Anspruch auf Herausgabe zur Verfügung, sondern er kann seinen Herausgabeanspruch auf sein Eigentum[1]) oder darauf stützen, dass er die gestohlene Sache entweder früher als der Dieb[2]) oder überhaupt einmal[3]) besessen hat. Er wird sich bei der Rechtsverfolgung desjenigen Herausgabeanspruchs bedienen, der ihm am zweckmässigsten zu sein scheint: bei einer Klage aus § 1007 muss er zwar nicht als Klagegrund sein Eigentum nachweisen wie bei der Klage aus § 985, allein er kann dafür auch mit der letzteren Klage zugleich Herausgabe der Sache und gerichtliche Feststellung seines Eigentums erwirken, mit der ersteren Klage nur die Herausgabe der Sache. Schenkt nun A eine ihm gehörige, aber ihm gestohlene Sache, die sein Neffe B bei dem gutgläubigen C, dem Sohn und Erben des Diebs D gefunden hat, dem B durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, so kann es zunächst zweifelhaft sein, welcher Anspruch hierunter zu verstehen ist: denn es stehen dem A die Ansprüche aus den §§ 985, 1007 Abs. 2 und (gemäss § 858 Abs. 2 S. 2) 861 zu. Wir erachten nur die Abtretung der Vindikation als zum Eigentumserwerb genügend und zwar aus folgenden Gründen: Die äussere Grundlage des Eigentumserwerbs in den §§ 929—931 ist der Erwerb des Besitzes, sei es des unmittelbaren, wie in den Fällen des § 929 S. 1 und 2, sei es des mittelbaren, wie im Fall des § 930 und — das wird unten[4]) nachzuweisen sein — im Regelfall des § 931. Soll nun der Besitzerwerb durch eine Anspruchsabtretung zum Zweck des Eigentumserwerbs ersetzt werden können, so kann es sich hier nicht um einen Anspruch handeln, der zwar auch dem Eigen-

[1]) § 985.
[2]) § 1007.
[3]) § 861.
[4]) vergl. S. 39.

tümer, aber nicht nur diesem zukommt, wie dies bei den Ansprüchen aus §§ 861 und 1007 der Fall ist, sondern dies muss ein für das Eigentum charakteristischer Anspruch sein: das ist die Vindikation, sie ist ein Attribut des Eigentums und nur[1]) des Eigentums, und ihre Abtretung verleiht in Verbindung mit der Einigung eine spezifische Eigentümerstellung.

Kann nun aber auch nur die Abtretung der Vindikation als Grundlage des Eigentumsübergangs angesehen werden, so ist damit noch nicht gesagt, dass der neue Eigentümer bei Realisierung seines Eigentums sich der Vindikation bedienen müsse und nicht etwa auch die Klagen aus §§ 861 oder 1007 anstrengen könne: denn, soweit dem früheren Eigentümer, wie in unserem Fall, neben der Vindikation die anderen dinglichen Herausgabeansprüche zustehen, sind sie der Vindikation gegenüber ein minus; es ist daher anzunehmen, dass solchenfalls in der Abtretung der Vindikation eine stillschweigende Abtretung der weniger weitgehenden dinglichen Klagen gelegen ist; diese Auslegung erfordern zugleich „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.[2])“ Für diese Auslegung ist es auch gleichgiltig, ob der Vertragswille der Parteien die Abtretung der dinglichen Klagen ausser der Vindikation umfasst hat: die Parteien wollen überhaupt keinen „rechtlichen“, sondern einen „wirtschaftlichen“ oder „gesellschaftlichen Erfolg“[3]), vielmehr hat der Richter lediglich zu prüfen, ob ihr Verhalten d. h. ihre ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärungen, ein derartiges ist, dass es nach positivem Recht den gewünschten Erfolg herbeiführt. Nicht nach dem Willen der Parteien, sondern in erster Linie nach dem objektiven Sinn ihrer Willenserklärungen sind die Rechtsgeschäfte auszulegen.

Wir legten bisher[4]) den Anspruch auf Herausgabe an der Hand eines Beispiels aus, in dem der abgetretene Anspruch nur ein dinglicher sein konnte und jedenfalls die Vindikation darstellte. War er auch nicht näher charakterisiert, so konnte kein Zweifel darüber herrschen, dass die Grundlage des Anspruchs das Eigen-

[1]) vergl. jedoch die oben S. 26 u. 27 angeführte Ausnahmegestaltung.
[2]) § 157.
[3]) Danz, die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 31 ff. 149. 1897.
[4]) vergl. oben S. 28.

tum des Bestohlenen gegenüber dem gutgläubigen Besitzer der gestohlenen Sache war.

Ganz anders liegen die Verhältnisse dann, wenn der Dritte, in dessen Besitz sich die Sache befindet, zugleich in einem obligatorischen Rechtsverhältnis zum abtretenden Eigentümer steht.

Hier drängt sich die Frage auf: Wie wird der neue Eigentümer, der sein Eigentum durch Abtretung der Vindikation erwarb, durch dieses obligatorische Rechtsverhältnis berührt?

Die Antwort wird uns erleichtert, wenn wir uns ganz allgemein das Verhältnis der nebeneinander und gegeneinander wirkenden dinglichen und persönlichen Klagen vergegenwärtigen; bei den dinglichen Klagen denken wir zunächst an die Vindikation. Letztere ist der Ausdruck des rechtlich ungeminderten, thatsächlich beeinträchtigten Eigentums, sie ist der Ruf der verringerten Sachherrschaft nach Herstellung ihres vollen Umfangs, und, wenn der Gegner für seinen Besitz sich nur auf den thatsächlichen Zustand beruft, kein Recht zum Besitz für sich geltend machen kann, dringt die Vindikation anstandslos durch. Ganz anders, wenn der Besitzer ein Recht zum Besitz behauptet, z. B. dass er den vindizierten Gegenstand gemietet habe. Hier muss der Eigentümer die Einrede der Miete gegen seine Vindikation gelten lassen[1]): die generelle Sachherrschaft weicht der speziellen Personenbeziehung. Kann der Eigentümer mit seiner dinglichen Klage gegenüber dem persönlichen Gegenanspruch des Beklagten nicht durchdringen, so kann dies ebensowenig derjenige, dem die dingliche Klage abgetreten worden ist[2]). Wie vollzieht sich nun in einem solchen Fall der Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung? Wenn A seine Juwelen, die er bei einer Bank deponiert hat, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs veräussert, stehen ihm jedenfalls zwei Ansprüche auf Herausgabe zu: ein dinglicher auf Grund seines Eigentums (§ 985), ein obligatorischer auf Grund des Verwahrungsvertrages (§ 695), jedenfalls liegt die Sache nicht mehr so, wie oben[3]), dass mit Abtretung des Anspruchs

---

[1]) § 986 Abs. 1 S. 1.
[2]) § 986 Abs. 2.
[3]) S. 28.

zweifellos sich der Grund des Anspruchs (Eigentum oder Forderungsrecht) ergäbe.

Wenn nun der Anspruch auf Herausgabe in zwiefacher Weise verstanden werden kann, so müssen wir die Frage aufwerfen: Bewirkt nur die Abtretung der Vindikation den Eigentumsübergang nach § 931 oder begreift der Anspruch auf Herausgabe noch mehr in sich als die Vindikation?

I. Nehmen wir einmal an, die erste Alternative sei richtig, der Anspruch des § 931 sei nur die Vindikation, und ziehen wir Konsequenzen daraus: A hat dem C ein Buch geliehen und will dem B in der Form des § 931 Eigentum daran verschaffen. A sagt demgemäss zu B: Ich habe dem C ein Buch geliehen, ich schenke es Dir, Du kannst es von ihm herausverlangen. B bedankt sich für die Aufmerksamkeit.

Auch hier [1]) hat A dem B einen Anspruch auf Herausgabe abgetreten, der als Vindikation aufgefasst werden kann, auch ist nicht zu bezweifeln, dass durch Abtretung der Vindikation der Veräusserer auch dann Eigentum gemäss § 931 übertragen kann, wenn ihm gegen den Besitzer zugleich ein obligatorischer Herausgabeanspruch zusteht [2]). Allein das so erworbene Eigentum stünde auf äusserst schwachen Füssen: da hier dem früheren Eigentümer nach Abtretung der Vindikation noch sein obligatorischer Herausgabeanspruch [3]) und damit mittelbarer Besitz im Sinn des § 868 [4]) verbliebe, so könnte er durch nochmalige Anspruchsabtretung [5]) dem ersten Erwerber sein Eigentum entziehen und es dem zweiten gutgläubigen Erwerber etwa käuflich [6]) übertragen. Während ferner ein Nichteigentümer durch Abtretung seines obligatorischen Herausgabeanspruchs Eigentum übertragen könnte [7]), wäre beim Erwerb vom Eigentümer mehr erforderlich, nämlich die Abtretung der Vindikation.

Sollte eine solche Eigentumserwerbsart, ein dem Volk un-

---

[1]) vergl. oben S. 28.
[2]) § 986 Abs. 2.
[3]) § 604.
[4]) vergl. unten S. 36.
[5]) § 934.
[6]) Dann stünde dem ersten Erwerber auch § 816 Abs. 1 S. 2 nicht zu Gebote.
[7]) § 934 vergl. unten S. 33.

verständliches „Juristenrecht", nicht nur ins B.G.B. aufgenommen, sondern sogar für dasselbe neu geschaffen worden sein?

Ist nicht vielleicht die zweite der oben[1]) genannten Alternativen richtig, dass der Anspruch auf Herausgabe des § 931 mehr ist, ja unter Umständen etwas anderes ist als die Vindikation?

II. Indem wir diese Möglichkeit einer näheren Untersuchung unterziehen, verlassen wir den sicheren Boden historischer Entwicklung, denn von der cessio rei vindicationis zum Eigentumserwerb nach § 931 unter Abtretung der Vindikation war es doch nur ein, wenn auch entscheidender Schritt: hier wie dort gleiche Ursachen, wenn auch verschiedene Wirkungen. Das Wesentliche im gemeinen wie im bürgerlichen Recht wäre der Anspruch auf Herausgabe, der sich auf Eigentum stützt.

Zunächst scheitert die erweiternde Auslegung des Anspruchs auf Herausgabe nicht daran, dass etwa der Anspruch des § 931 ein terminus technicus wäre, der sich mit der Vindikation des gemeinen Rechts und des B.G.B. decken würde[2]). Der Anspruch auf Herausgabe steht zwar auch in dem Teil des B.G.B., der — römisch gesprochen — von der rei vindicatio handelt, aber nicht nur in diesen, auch nicht nur im Sachenrecht. Man betrachte etwa § 440 Abs. 4, der im Recht der Schuldverhältnisse steht und von der Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht handelt. § 440 Abs. 1 besagt, dass, wenn der Verkäufer die ihm nach den §§ 433—437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht erfülle, insbesondere also nicht gemäss § 433 dem Käufer das Eigentum an der gekauften Sache verschaffe, die Rechte des Käufers sich nach den Vorschriften der §§ 320/327 bestimmen. Das Recht des § 325, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, kann jedoch der Käufer, dem eine bewegliche Sache verkauft und zum Zweck der Eigentumsübertragung übergeben worden ist, wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, nur geltend machen, wenn er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt. An Stelle der Rückgewähr genügt jedoch nach Abs. 4 die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, wenn dem Käufer ein solcher zu-

[1]) S. 31.

[2]) Ganz abgesehen von den oben (S. 28) erwähnten, aber als Übergabeersatz im Sinne des § 931 nicht tauglichen Ansprüchen aus §§ 861 und 1007.

steht. Hier ist sicher unter dem Anspruch nicht die Vindikation zu verstehen, die nur dem Eigentümer zusteht, da nach dem Inhalt des § 440 der Käufer ja gerade nicht Eigentümer geworden ist.

Ein anderes Beispiel zur Unterstützung unserer Ansicht ist der § 870, wonach der mittelbare Besitz dadurch auf einen andern übertragen werden kann, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache übertragen wird. Dem mittelbaren Besitzer als solchem steht nicht die Vindikation zu, sondern nur ein obligationenrechtlicher[1]) Anspruch[2]).

Auch § 2130 spricht von einem obligatorischen Anspruch auf Herausgabe, der dem Nacherben beim Eintritt der Nacherbfolge gegen den Vorerben zusteht.

Aber auch aus den Bestimmungen des B.G.B. über den Eigentumserwerb selbst ist zu entnehmen, dass der Anspruch auf Herausgabe nicht identisch ist mit der Vindikation: § 934 legt den Anspruch auf Herausgabe auch einem Veräusserer bei, der nicht Eigentümer der veräusserten Sache ist. Wollte man dieser Thatsache gegenüber die Behauptung aufstellen, der Anspruch auf Herausgabe trage im § 934 einen besonderen von seiner Normalerscheinung im § 931 abweichenden und in den Erleichterungen des Satzes „Hand wahre Hand“ begründeten Charakter, so wäre die Folge die, dass derjenige, welcher von einem Nichteigentümer z. B. kauft, durch Anspruchsabtretung viel leichter Eigentümer würde als derjenige, der seine Rechte vom Eigentümer ableitet[3]).

Ersterer würde Eigentümer werden, wenn nur festgestellt ist, dass ihm irgend ein Anspruch auf Herausgabe (sei er dinglicher, sei er obligatorischer Natur) abgetreten wurde, letzterer nur dann, wenn der Anspruch auf Herausgabe unzweideutig auf dem Eigentum beruht.

Eine solche unvermeidliche Folge kann vernünftigerweise das Gesetz nicht billigen, und es ist demnach anzunehmen, dass im Anspruch des § 931 auch der des § 934, d. h. der obligatorische, steckt. An sich wäre es freilich nicht undenkbar,

---

[1]) vergl. § 868.

[2]) vergl. Strohal, der Sachbesitz nach dem B.G.B. in Iherings Jahrb. B. 38. S. 92. 1898.

[3]) vergl. oben S. 31.

den Anspruch des § 934 auch als Vindikation aufzufassen, sodass der Veräusserer auch durch Abtretung[1]) der ihm nicht zustehenden Vindikation[2]) dann Eigentum verschaffen könnte, wenn er mittelbarer Besitzer ist. Nur wäre bei solcher Auslegung nicht einzusehen, warum der mittelbare Besitz des Veräusserers dem Erwerber hier eine grössere[3]) Macht sollte verschaffen können; die Vindikation hat mit dem mittelbaren Besitz nichts zu thun und steht beiden Arten der im § 934 veräussernden Nichteigentümer (dem mittelbar besitzenden und dem nicht besitzenden) gleich wenig zu. Viel zwangloser erscheint es uns daher, den Anspruch auf Herausgabe in Verbindung mit dem mittelbaren Besitz zu setzen. Dahin weist der Wortlaut des Gesetzes, und das hat auch einen guten Sinn, wenn der, dem ein wirklich bestehender obligatorischer Anspruch abgetreten wurde, der dadurch mittelbaren Besitz erwarb (§ 870), dem gegenüber bevorzugt wird, dem ein nicht bestehender dinglicher Anspruch abgetreten wurde. Die Bevorzugung aber besteht darin, dass ersterer mit der Abtretung, letzterer erst mit der Besitzerlangung Eigentümer wird. Nicht deswegen wird der Rechtsnachfolger des mittelbar besitzenden Nichteigentümers bevorzugt, weil „sein Glaube an das Eigentum des Veräusserers durch das zwischen diesem und dem Dritten bestehende Rechtsverhältnis bestärkt[4])“ wird, sondern, weil er objektiv durch Abtretung des obligatorischen Anspruchs einen Machtzuwachs erhält. Scheint es aber besonders auffällig, dass die Abtretung eines obligatorischen Anspruchs im Falle des § 931 eine so starke dingliche Wirkung haben soll, so sei wiederum auf den § 870 und darauf hingewiesen, dass ja nicht die Abtretung allein, sondern nur in Verbindung mit der dinglichen Einigung, diese Wirkung hat.

Nachdem wir angenommen haben, dass der Anspruch auf Herausgabe auch ein obligatorischer sein könne, sind die obligatorischen Verhältnisse näher zu bestimmen, welchen dieser Anspruch entspringt.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die gekaufte

---

[1]) nicht erst durch Besitzerlangung.

[2]) So offenbar Kober, Sachenrecht (Kommentar zum B.G.B. von Staudinger u. A.) zu § 934, 1 a. 1898, Windscheid I S. 793, 8 d.

[3]) vergl. § 934, 2. Teil.

[4]) Kober a. a. O., ähnlich Windscheid a. a. O.

Sache — das Gesetz sagt — zu übergeben, man könnte auch sagen: herauszugeben. Der Verwahrer ist verpflichtet, dem Hinterleger die hinterlegte Sache herauszugeben. Hier wie dort ein Anspruch auf Herausgabe, hier wie dort dasselbe Ziel der Klage: der Besitz und zwar der unmittelbare Besitz. Trotzdem sind beide Ansprüche gewiss nicht identisch, da sie Ausdruck ganz verschiedener rechtlicher Machtverhältnisse sind. Das zeigt sich darin, dass der Hinterleger mittelbarer Besitzer der Sache ist (§ 868), der Käufer nicht. Ersterer steht in einem Machtverhältnis zur Sache selbst, letzterer in einem solchen nur zu der Person, die zwischen ihm und der Sache steht. Es giebt demnach Ansprüche auf Herausgabe, deren Voraussetzung der mittelbare Besitz ist, und solche, deren Voraussetzung der Nichtbesitz ist; im ersten Fall hat einmal eine Besitzentäusserung stattgefunden, im letzteren Fall war Besitz überhaupt noch nicht erworben. Welcher obligatorische Anspruch auf Herausgabe kommt nun für uns in Betracht? Bedenkt man, dass der Anspruch des § 931 einem Eigentümer zusteht, der unmittelbaren Besitz nicht mehr hat, und, dass die Abtretung dieses Anspruchs nach § 931 die Übergabe, d. h. die Einräumung des unmittelbaren Besitzes, ersetzen soll, so kann es sich nur um einen Anspruch auf Herausgabe handeln, dessen Voraussetzung, nicht dessen Zweck erst Sachherrschaft ist: das ist der Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe. Der Anspruch auf Herausgabe steht demnach im engsten Zusammenhang mit dem mittelbaren Besitz; abgesehen von den Fällen[1]), in denen unter dem Anspruch auf Herausgabe nur die Vindikation verstanden werden kann, und im Rahmen des § 931 kann man sagen: kein Anspruch auf Herausgabe ohne mittelbaren Besitz, kein mittelbarer Besitz ohne Anspruch auf Herausgabe!

Auch Wendt[2]) erblickt in dem obligatorischen Anspruch auf Herausgabe den „eigentlichen Träger des mittelbaren Besitzes“ und Strohal[3]) meint, wenn in diesem Anspruch auf Herausgabe der mittelbare Besitz auch nicht aufgehe, so bilde er doch „gewissermassen den Kern, an welchen sich die Rechtsfolgen des mittelbaren Besitzes ansetzen.“

[1]) vergl. oben S. 28.

[2]) Der mittelbare Besitz, Arch. f. civ. Praxis B. 87, S. 45. 1897.

[3]) a. a. O. S. 59.

Da der mittelbare Besitz in der Mehrzahl der Fälle [1]) die Voraussetzung des Anspruchs auf Herausgabe im Sinn des § 931 ist, so muss auf ihn in diesem Zusammenhang wenigstens in Kürze eingegangen werden.

B.G.B. § 868 sagt: „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)." Gegen alle diese Besitzer steht dem mittelbaren Besitzer ein Anspruch auf Herausgabe [2]) zu. Dass die unten angezogenen Gesetzesstellen nicht dem Wortlaut nach von einem Herausgaberecht und von einer Herausgabepflicht, sondern etwa von einer Zurückgabepflicht sprechen, ist natürlich gleichgiltig; im § 870 werden alle diese Ansprüche unter der Bezeichnung „Anspruch auf Herausgabe" zusammengefasst.

Statt durch Überlassung des Besitzes an den neuen unmittelbaren Besitzer kann der bisherige alleinige Besitzer mittelbaren Besitz dadurch schaffen, dass er mit dem neuen Besitzer ein constitutum possessorium vereinbart, wonach der neue Besitzer sich mit dem mittelbaren Besitz begnügt; das Besitzverhältnis ist dann so, wie wenn der neue Besitzer dem bisherigen den Besitz auf Zeit überlassen hätte [3]). Diese beiden Entstehungsarten des mittelbaren Besitzes sind allgemein anerkannt.

Mittelbarer Besitz entsteht aber auch [4]) dadurch, dass jemand als Vertreter eines anderen Besitz derart erwirbt, dass er hiebei für sich selbst unmittelbaren Besitz erlangt, sodass dem Vertretenen nur mittelbarer Besitz verschafft wird; z. B. mein Freund B hört, dass mein Onkel mir ein Buch gekauft habe, das ich beim Buchhändler abholen solle. Auf seine Bitte, ihm das Buch zu leihen, ermächtige ich ihn, das Buch abzuholen. Mit der Aushändigung des Buches an B ist ihm unmittelbarer, mir mittelbarer Besitz erworben.

---

[1]) vergl. unten S. 39.

[2]) vergl. §§ 695, 604, H.G.B. § 433, B.G.B. §§ 631, 1223, 1055, 556, 581.

[3]) Strohal a. a. O. S. 22.

[4]) Strohal a. a. O. S. 21; zweifelhaft Planck, Kommentar zum Sachenrecht, zu § 868, 2 u. 3, 1900; von Cosack, a. a. O. § 185, IV nicht bes. erwähnt.

Zum Erwerb des mittelbaren Besitzes bedarf es in solchen Fällen im allgemeinen „des Wissens und Willens desjenigen, welchem der mittelbare Besitz erworben werden soll[1]).“ In diese Gruppe zählen wir den mittelbaren Besitz des Auftraggebers[2]), den Windscheid[3]) unter die erste Gruppe rechnet, u. E. mit Unrecht, da es sich in den Fällen des § 868 um Überlassung eines bereits begründeten Besitzes handelt, während hier für den Auftraggeber Besitz erst begründet wird. Hat freilich jemand einem andern etwas zur Verwaltung oder Benutzung überlassen, dann kann letzterer innerhalb dieses Geschäftskreises ersterem ohne sein Wissen und Willen mittelbaren Besitz verschaffen, weil die Überlassung zu genannten Zwecken eine solche Ermächtigung in sich schliesst[4]) z. B. „mein Bankier kauft neue Wertpapiere für mein Depot[5]).“

Von diesen Fällen, in denen der mittelbare Besitz durch Überlassung seitens des bisherigen Besitzers oder durch sonstige Parteiwillensakte entsteht, unterscheiden wir im weiteren Anschluss an Strohal[6]) einen mittelbaren Besitz, der auf gerichtlicher Einweisung oder auf gesetzlicher Ermächtigung beruht; dahin ist besonders zu zählen: der mittelbare Besitz des Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker (§ 2205), der Ehefrau gegenüber dem am eingebrachten Gut verwaltungsberechtigten Ehemann (§ 1373), des Kindes an dem vom Inhaber der elterlichen Gewalt in Besitz genommenen unfreien Kindesvermögens (§§ 1627, 1638, 1649, 1684 ff.). Auch in allen diesen Fällen stehen dem mittelbaren Besitzer Ansprüche auf Herausgabe[7]) zu.

Nicht unbestritten ist die Frage, ob mittelbarer Besitz ganz allgemein[8]) auch dem Verlierer gegenüber dem redlichen Finder

[1]) Dernburg a. a. O. § 20 III.

[2]) § 667; übereinstimmend wohl auch Wendt a. a. O. S. 65 u. 66 für den mittelbaren Besitz des Auftraggebers, der von Planck a. a. O. zu § 868, 28 (vgl. jedoch auch § 868, 3a) nur unter gewissen Voraussetzungen angenommen, von Endemann a. a. O. § 32 Anm. 8 verworfen wird.

[3]) a. a. O. S. 698, 1b.

[4]) Dernburg a. a. O.

[5]) Kober a. a. O. zu § 868 II.

[6]) a. a. O. S. 21; ebenso Planck a. a. O. zu § 868, 2bγ, Wendt a. a. O. S. 61; nicht besonders erwähnt von Dernburg a. a. O. und Cosack a. a. O.

[7]) §§ 2217, 1421, 1681.

[8]) vergl. jedoch unten S. 38.

zukomme. Zweifellos ist der Finder nach dem B.G.B. Besitzer, und gestützt auf den Wortlaut des § 966: „Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet“ stellt ihn Wendt[1]) den unmittelbaren Besitzern des § 868 gleich, „die einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet sind.“ Allein der Finder ist zur Verwahrung nur verpflichtet, wenn er will: denn die Bestimmung des § 966 ist nicht in dem Sinn gemeint, dass seine Stellung als Finder von der Verwahrung abhängig wäre, sondern er ist jederzeit berechtigt und auf Anordnung der Polizeibehörde verpflichtet, dieser die Sache abzuliefern und bleibt doch Finder im Rechtssinn[2]). In ganz anderem Sinn ist der unmittelbare Besitzer gemäss § 868, z. B. der Verwahrer, zum Besitz verpflichtet: seine Eigenschaft als Verwahrer ist bedingt durch seinen Besitz. Ist demnach der Verlierer jedenfalls nicht auf Grund des § 966 als mittelbarer Besitzer anzusehen, so unterscheiden sich ausserdem die Fälle des mittelbaren Besitzes von dem Besitz des Verlierers dadurch, dass der mittelbare Besitz von einem vorhandenen ungeteilten Besitz abgezweigt wird, sei es durch private Überlassung oder gerichtliche Einweisung oder kraft Gesetzes; der mittelbare Besitz setzt demnach eine Kontinuität des Besitzes in dem Sinn voraus, dass zwischen dem Stadium des ungeteilten und des in mittelbaren und unmittelbaren Besitz zerfallenden Besitzes und auch zwischen weiteren mittellbaren und unmittelbaren Besitzern ein Stadium der Besitzlosigkeit, eine Besitzpause nicht eintreten darf. Beim Fund ist aber gerade dieser Zusammenhang des Besitzes durchbrochen: gefunden werden kann nur eine verlorene, d. h. ausser Besitz gekommene Sache.

Von dieser Regel der Kontinuität des Besitzes als Voraussetzung des mittelbaren Besitzes macht der oben[3]) erwähnte Fall des Erwerbs des mittelbaren Besitzes durch einen Stellvertreter auch dann keine Ausnahme, wenn der Besitzerwerb ein originärer ist: eine „Besitzpause“ im eben geschilderten Sinn ist hier deshalb unmöglich, weil hier mit einer Rechtshandlung ein von Haus aus geteilter Besitz erworben wird.

Ohne eine besondere (rechtsgeschäftliche oder gesetzliche)

[1]) a. a. O. S. 62.
[2]) vergl. § 967 und § 973.
[3]) S. 36

Vertretungsmacht erwirbt daher weder der Finder dem Verlierer noch der Schatzfinder (Entdecker des § 984) dem Eigentümer mittelbaren Besitz[1]).

In allen diesen Fällen des mittelbaren Besitzes ist demnach der obligatorische Anspruch auf Herausgabe das Band zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer, das letzteren daran erinnert, dass seine Sachherrschaft eben doch nur eine zeitlich beschränkte, rechtlich vom mittelbaren Besitzer abhängig ist. Unter geordneten Parteien wird diese rechtliche Macht des mittelbaren Besitzers den Mangel seiner thatsächlichen Macht ersetzen und dem mittelbaren Besitz Kraft und Inhalt verleihen.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, dass der Anspruch auf Herausgabe des § 931 — abgesehen von der Vindikation — der Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer ist, und, dass im Fall mittelbaren Besitzes des Eigentümers die Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe in Verbindung mit der Einigung zum Eigentumserwerb genügt.

Dieses Ergebnis ist begreiflich und notwendig, besonders im Hinblick auf § 870: wenn der mittelbare Besitz für sich übertragen werden kann durch Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe, so war es nur logisch, wenn man beim Eigentumserwerb nach § 931 dessen äussere Seite, den Erwerb des mittelbaren Besitzes, in gleicher Weise sich vollziehen liess, zumal ja zum Eigentumserwerb die äussere Besitzverschiebung nicht genügt, sondern auch eine innere Willensübereinstimmung gefordert wird.

Dieses Resultat ist ferner begreiflich und notwendig neben der Übereignungsart des § 930, welche mit der des § 931 in überraschend enger Verbindung steht: Eigentum kann erworben werden sowohl durch Begründung (§ 930) als durch Übertragung mittelbaren Besitzes (§ 931) unter Hinzutritt des dinglichen Vertrags.

Jemand, der durch ein constitutum possessorium[2]) Eigentümer geworden ist, kann sein Eigentum entweder dadurch über-

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend Strohal a. a. O. S. 22 ff.

[2]) § 930.

tragen, dass er seinerseits dem neuen Eigentümer mittelbaren Besitz im Sinn des § 871 verschafft (§ 930) oder, dass er ihm seinen mittelbaren Besitz abtritt (§ 931): im ersten Fall stehen nach dem Eigentumsübergang drei, im zweiten Fall zwei Personen in Beziehung zur übereigneten Sache.

Wer durch Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs Eigentum erlangt hat, der hat aber damit ipso iure[1]) auch die Vindikation gewonnen: sie wird mit dem besitzlosen[2]) Eigentum geboren. Bei Geltendmachung seines Rechts ist jedoch der neue Eigentümer auf diese beiden Klagen nicht beschränkt, sondern kann, wenn etwa dem besitzenden Dritten die Sache entwendet wurde, gegen den Dieb auch mit den Klagen aus §§ 861[3]) und 1007 vorgehen; hinsichtlich letzterer ist, da sie ein von der Vindikation umfasstes minus[4]) darstellt, eine cessio legis anzunehmen.

III.[5]) Eine letzte Möglichkeit wäre die: man versteht in einem solchen[6]) Fall unter dem Anspruch auf Herausgabe den dinglichen und obligatorischen Anspruch, wobei die Abtretung des ersteren zur Eigentumsübertragung erforderlich ist, letzterer aber stillschweigend mit abgetreten wird. Einer solchen Annahme steht, zumal angesichts der Einigung über den Eigentumsübergang, nichts im Wege: insbesondere ist es gleichgiltig[7]), ob sich die Parteien dieser Mitabtretung bewusst waren. Bei Annahme stillschweigender Mitabtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs wäre jedenfalls die Stellung des neuen Eigentümers genügend[8]) gesichert, aber auch nicht gesicherter als bei der Abtretung der obligatorischen Klage allein. Das ist der erste Einwand, den wir gegen diese Konstruktion des Anspruchs auf Herausgabe erheben möchten. Steht es für uns fest, dass schon die Abtretung des obligatorischen Anspruchs allein Eigentum und alle Herausgabeansprüche des alten Eigentümers auf den neuen

[1]) § 985.
[2]) sc. des unmittelbaren Besitzes entbehrenden.
[3]) § 869.
[4]) vergl. oben S. 29.
[5]) I oben S. 31, II oben S. 32.
[6]) oben S. 31.
[7]) vergl. oben S. 29.
[8]) vergl. oben S. 31.

Eigentümer überträgt, so haben wir nicht nötig, zum gleichen Zweck uns mit ausdrücklicher Abtretung der Vindikation und stillschweigender Abtretung des obligatorischen Anspruchs zu behelfen. Ein weiteres Bedenken gegen diese Auffassung stützt sich auf die Überzeugung, dass die §§ 930 und 931 aufs engste zusammengehören,[1]) und, dass in beiden Fällen der Ersatz der Übergabe, der Einräumung unmittelbaren Besitzes, nichts anderes ist als die Einräumung mittelbaren Besitzes.

Auf das Wesen des Anspruchs auf Herausgabe im Sinn des § 931 ist die bisherige Litteratur noch nicht näher eingegangen. Manche Schriftsteller charakterisieren den Anspruch auf Herausgabe überhaupt nicht näher, so Endemann[2]) und Dernburg[3]), andere verstehen darunter nur die Vindikation, so Achilles[4]), Cosack[5]) und Fischer-Henle[6]). Welche Bedeutung dem daneben bestehenden obligatorischen Anspruch auf Herausgabe zukomme, ist aus der bisherigen Litteratur, aber auch aus den Gesetzesmaterialien mit Sicherheit nicht zu entnehmen. Während die obengenannten Schriftsteller seiner überhaupt nicht Erwähnung thun, scheint Biermann[7]), der unter dem Anspruch des § 931 gleichfalls die Vindikation versteht, der Ansicht zu sein, dass die Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe nur in Verbindung mit der Abtretung der Vindikation zum Eigentumserwerb genüge. Dagegen ist offenbar Strohal[8]) der Meinung, dass die Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe allein (in Verbindung mit der Einigung) zum Eigentumserwerb ausreiche. Nachdem er[9]) betont hat, dass der Anspruch auf Herausgabe des § 870 der obligatorische sei und verneint[10]) hat, dass, wenn dem mittelbaren Besitzer ausser seinem obligatorischen Anspruch auch noch ein dinglicher gegen den unmittelbaren Besitzer zustehe, zur

---

[1]) vergl. oben S. 39.
[2]) a. a. O. § 80, 3 c.
[3]) a. a. O. § 100, I 3.
[4]) Textausgabe des B.G.B. S. 334. 3. Aufl. 1901.
[5]) a. a. O. § 199, I 2.
[6]) Handausgabe des B.G.B. zu § 931. 4. Aufl. 1900.
[7]) Kommentar zum Sachenrecht, zu § 931. 1898.
[8]) a. a. O. S. 92 ff.
[9]) a. a. O. S. 92.
[10]) a. a. O. S. 93.

Übertragung des mittelbaren Besitzes beide Ansprüche abgetreten werden müssen, sagt er weiterhin[1]): „Verbindet sich mit dieser" — durch Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs bewirkten — „Übertragung (des mittelbaren Besitzes) die Absicht, dem Erwerber das Eigentum zu verschaffen, so erlangt dieser hierdurch nicht nur mittelbaren Besitz, sondern nach § 931 auch das Eigentum und damit auch den Eigentumsanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer". Das heisst: Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe in Verbindung mit der Einigung genügt zum Eigentumserwerb. Derselben Auffassung ist wohl auch, wenn auch nicht mit genügender Deutlichkeit, Bernhöft[2]).

Die Stellung der Materialien zu dieser Frage ist nicht einheitlich. An der einen Stelle[3]) sagen die Protokolle[4]), im Fall des mittelbaren Besitzes des Veräusserers „rechtfertige es sich, die Abtretung des auf Grund des Rechtsverhältnisses dem Veräusserer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe" — d. i. des obligatorischen Anspruchs — „der Übergabe gleichzustellen"; freilich galten diese Bemerkungen nicht dem § 931, sondern einem beantragten § 874 b[5]) und dem Antrag 2[6]) zu § 874, doch handelt es sich auch hier um einen dem mittelbaren Besitzer zustehenden Anspruch auf Herausgabe. An anderer Stelle[7]) ist gesagt, dass, „falls der Veräusserer der Eigentümer ist, mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs das Eigentum übergehen soll, sowohl, wenn der Veräusserer ausser dem Eigentumsanspruch auch einen ihm auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zustehenden Anspruch auf Herausgabe, als auch dann, wenn er nur den Eigentumsanspruch abtritt."

Nach dem früher Ausgeführten müssen wir diesen Standpunkt als unpraktisch und vom Gesetz — besonders durch die §§ 870, 930 und 934 — überholt, demnach als unrichtig bezeichnen.

[1]) a. a. O. S. 94.

[2]) Das bürgerliche Recht in Birkmeyers Encyclopädie der Rechtswissenschaft. S. 490. 1901.

[3]) S. 203.

[4]) bearb. v. Achilles, Spahn und Gebhard. 1899.

[5]) S. 201, 220.

[6]) S. 194.

[7]) S. 209.

Zusammenfassend ist zu bemerken:

Der Anspruch auf Herausgabe des § 931 ist keine einheitliche technische Bezeichnung, er ist

I. die Vindikation

II. der obligatorische Anspruch auf Herausgabe, der dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer zusteht.

Die Abtretung der Vindikation ist zur Eigentumsübertragung immer genügend, aber nicht immer erforderlich, letzteres dann nicht, wenn der Eigentümer dem Dritten gegenüber mittelbarer Besitzer ist, vielmehr genügt in diesem Fall die Abtretung des obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe. Dieser ist auch im Zweifel unter dem Anspruch des § 931 zu verstehen, sobald der Veräusserer zugleich mittelbarer Besitzer ist.

Je mehr der Dritte dem bisherigen Eigentümer gegenüber rechtlich verpflichtet[1]) ist, um so weniger ist für letzteren erforderlich, um Eigentum zu übertragen.

Selbstverständlich können auch beide Ansprüche zusammen abgetreten werden, und für die gewiss seltenen Fälle, in denen ausdrücklich die Vindikation abgetreten wurde, ist die stillschweigende Mitabtretung eines dem Veräusserer gleichfalls zustehenden obligatorischen Herausgabeanspruchs anzunehmen.

§ 3. Das Abtretungsgeschäft. Die rechtliche Stellung des bisherigen und des neuen Eigentümers.

Da nach dem bisherigen Recht der Eigentümer mit der Abtretung der rei vindicatio seines Eigentums nicht verlustig gieng, wie dies nach § 931 der Fall ist, so musste dort die Frage insbesondere bedeutsam werden, inwieweit nach erfolgter Abtretung der bisherige Eigentümer das Recht des Cessionars beeinträchtigen könne, man fragte sich, ob mit der Abtretung des Anspruchs für den Erwerber dinglich unentziehbare Befugnisse[2]) geschaffen seien. In dieser Beziehung gieng die gemeinrechtliche Litteratur weit auseinander: „Man vergleiche einmal die Skala der Ansichten

---

[1]) entw.: nur dinglich oder auch obligatorisch.

[2]) Stampe a. a. O. S. 336.

von Zimmermann[1]) bis Jhering[2]); sie reicht vom ausgeprägten dinglichen Recht des Cessionars herab bis zu einer völlig prekären Rechtsstellung[3].“)

Für das gemeine Recht teilt Stampe[4]), dessen Ausführungen wir im folgenden auszugsweise wiedergeben, diese Skala in drei Gruppen ein.

Führer der Gruppe, die dem Cessionar ein festes Recht überhaupt nicht zubilligt, ist Jhering.[5]) „Er giebt dem Cedenten die Macht, den Cessionar in jeder denkbaren Weise um sein Klagrecht zu bringen,“ die Sache zu derelinquieren oder — etwa mittels brevi manu traditio an den bisherigen Besitzer — zu tradieren oder auch selbst die cedierte Klage anzustrengen. Eine Denuntiation des Cessionars an den Besitzer hilft jenem nichts: denn eine Denuntiation mit den Wirkungen, die sie bei Cession der persönlichen Klagen hat, lässt Jhering bei der cessio rei vindicationis nicht zu. Selbst die Klaganstellung seitens des Cessionars hindert den Cedenten nicht, die Sache rechtsgiltig zu veräussern. Dem Cessionar steht lediglich ein obligatorischer Ersatzanspruch gegen den Cedenten zu, der ihm sein Klagrecht hintertrieben hat.

Eine zweite Gruppe schart sich um Windscheid:[6]) sie giebt dem Cessionar ein festes Recht erst nach der Denuntiation. „Die Übertragung macht den Erwerber sofort zum Anspruchsberechtigten, der bisherige Anspruchsberechtigte wird aber erst durch Ergreifung des Anspruchs von Seiten des Erwerbers dem Verpflichteten gegenüber (Anzeige) ausgeschlossen.“[7])

Die Gruppe Zimmermann endlich giebt dem Cessionar sofort von der Cession ab ein festes Recht. „Nach Zimmermann[8]) schadet dem Cessionar weder die Veräusserung noch die Einklagung durch den Cedenten, letzterer habe zwar ebenfalls noch die Eigentumsklage, müsse aber überall dem Cessionar nachstehen.“

---

[1]) a. a. O. S. 112.

[2]) a. a. O. S. 110, 111.

[3]) Stampe a. a. O. S. 362.

[4]) a. a. O. S. 336 ff.

[5]) a. a. O. S. 110; übereinstimmend im wesentlichen de Carvajal y Viana a. a. O. S. 17, 20, 21.

[6]) II § 337, 2.

[7]) Modifikationen bei Windscheid a. a. O. Note 9.

[8]) a. a. O. S. 110, 111, ebenso Attenhofer a. a. O. S. 240—242, 238.

Für das geltende Recht sind die Befugnisse von Veräusserer und Erwerber unzweideutig festgestellt. Man kann sagen: Entweder hat der bisherige Eigentümer seinen Herausgabeanspruch noch nicht abgetreten und damit sein Eigentum in keiner Weise berührt oder er hat ihn abgetreten und sich damit[1]) seines Eigentums vollständig begeben. Jedenfalls ist davon keine Rede, dass der bisherige Eigentümer nach der Abtretung, aber, bevor der neue Eigentümer den Besitz der Sache erlangt hat, berechtigt wäre, eine Einwirkung auf die Sache auszuüben; hiebei ist es gleichgiltig, ob der Dritte von dem Eigentumsübergang etwas weiss oder nicht. Wenn also der bisherige Eigentümer, nachdem er gemäss § 931 eine Sache übereignet hat, von dem Dritten, der vom Eigentumsübergang nichts weiss, die Herausgabe der Sache verlangt und daraufhin die Sache bekommt, so macht er sich einer strafbaren Handlung gegenüber dem neuen Eigentümer schuldig und zwar eines Betrugs gemäss St.G.B. § 263. Denn in diesem Fall beschädigt der bisherige Eigentümer in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen des neuen Eigentümers dadurch, dass er durch die Unterdrückung der Thatsache, dass er nicht mehr Eigentümer ist, in dem Dritten den Irrtum erregt, ihm stehe immer noch der Herausgabeanspruch zu, und jenen so zu einer Besitzübertragung bestimmt. Dabei liegt die Schädigung des Vermögens selbstverständlich nicht in einem Verlust des Eigentums, das ja der schlechtgläubige[2]) bisherige Eigentümer nicht erwerben kann, sondern, sofern dem neuen Eigentümer der obligatorische Herausgabeanspruch abgetreten war, in seinem Besitzverlust d. h. in der Verwandlung des bisher mittelbar besitzenden neuen Eigentümers in einen nichtbesitzenden Eigentümer, ferner in allen Fällen in der Möglichkeit des bisherigen Eigentümers, gemäss § 932 einem gutgläubigen Erwerber Eigentum zu verschaffen.

Für die Abtretung des Herausgabeanspruchs sind massgebend die Vorschriften des B.G.B. §§ 398 ff., und zwar ergiebt

---

[1]) Im Fall der befristeten Einigung (vergl. oben S. 22) kann er allerdings auch jetzt noch als Eigentümer die befristet übereignete Sache an einen gutgläubigen Erwerber zu Eigentum übertragen (§ 161 Abs. 3), wodurch er dem ersten Erwerber schadenersatzpflichtig wird (§ 160 Abs. 1).

[2]) § 932.

sich dies für den Fall, dass der Eigentümer nur die Vindikation abtritt — etwa beim Verschenken einer verlorenen Sache — aus der Bestimmung des § 413. Die Abtretung ist an eine Form nicht gebunden; es bedarf zum Erlöschen des Rechts des bisherigen Eigentümers einer Mitteilung an den Dritten nicht[1]). Die Abtretung ist ein Vertrag; sie kann daher nicht zu stande kommen, ohne, dass sich die Parteien über den Gegenstand, auf den und über die Person, gegen die sich die Abtretung richtet, in genügender[2]) Weise klar geworden sind. Wie die Einigung, so ist auch die Abtretung des Anspruchs ein abstrakter[3]) Vertrag; es kommen in dieser Beziehung die oben[3]) gemachten Ausführungen zur entsprechenden Anwendung. Auch dieser abstrakte Vertrag kommt nicht zu stande, wenn nicht die ihn erzeugenden Willenserklärungen vollgiltig sind, insbesondere von unbeschränkt geschäftsfähigen[4]) Personen herrühren. Mit Abschluss dieses abstrakten Vertrags, für den Fall, dass die Einigung vorangieng, im anderen Fall mit der nachfolgenden Einigung wird der Erwerber Eigentümer[5]), sofern die Einigung unbefristet ist[6]). Er kann jetzt die Sache mit der Vindikation an sich ziehen, sie geht sofort[7]) auf seinen Erben über, er kann unter Lebenden oder von Todes wegen über sie verfügen, sie etwa seinerseits gemäss § 931 veräussern, er hat im Konkurs des Dritten das Aussonderungsrecht der K.O. § 43 und, wenn die Sache beim Dritten gepfändet wird, die sog. Exekutionsinterventionsklage[8]) der C.P.O. § 771.

[1]) § 398 S. 2; anders die herrschende Meinung des gem. Rechts, vergl. Windscheid II § 331 N. 8.

[2]) oben S. 21, über die Person wenigstens hinsichtlich des Namens oder sonst unzweideutig.

[3]) S. 17 ff. So auch Planck, Kommentar zum B.G.B. zu § 398. 2. und Oertmann, a. a. O. S. 122.

[4]) oben S. 19.

[5]) § 931, § 398 S. 2.

[6]) vergl. oben S. 45 N. 1.

[7]) § 1922.

[8]) Man wird nicht fehl gehen, wenn man das in seiner Bedeutung bestrittene (vergl. hiezu Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, S. 786, 1898.) die „Veräusserung hindernde“ Recht der C.P.O. § 771 mit dem dinglichen und obligatorischen Anspruch auf Herausgabe des § 931 identifiziert. Die Verhinderung der Veräusserung ist der Anspruch auf Herausgabe, vom Standpunkt des Besitzers aus gesehen; in seinem unrechtmässigen oder doch nur zeitlichen Besitze (§ 868) liegt für ihn das rechtliche Hindernis der Veräusserung.

Mit dem Eigentumsübergang erwirkt der neue Eigentümer, sofern ihm wenigstens der obligatorische Herausgabeanspruch abgetreten wurde, auch die Vorrechte (Hypotheken, Pfandrechte, Rechte aus einer Bürgschaft), die für diese Forderung bestehen; er kann auch ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht geltend machen.[1]) Man denke etwa an ein Absonderungsrecht gemäss K.O. § 48 (Vertragspfandrecht), das dem bisherigen Eigentümer zustand, und mit dem der neue Eigentümer eine Ersatzforderung realisiert, die ihm wegen Beschädigung der nach § 931 erworbenen im Konkurs ausgesonderten Sache gegen den Dritten (den Gemeinschuldner) zusteht.

Da bei der Eigentumserwerbsart des § 931 der für den Eigentumsübergang entscheidende Vorgang nach aussen nicht hervortritt und deshalb nicht ohne weiteres beweisbar ist, so ist es nur billig, dass auch nach erfolgtem Eigentumsübergang dem früheren Eigentümer Pflichten auferlegt werden, die den neuen Eigentümer dazu befähigen sollen, sein Recht leichter durchzusetzen. In dieser Beziehung ist wichtig die Bestimmung des § 402, wonach der bisherige Eigentümer verpflichtet ist, dem neuen Eigentümer die zur Geltendmachung seines Rechts nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Anspruchs dienenden Urkunden (Aufbewahrungsscheine u. dergl.), soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern.

Demselben Zweck dient die Vorschrift des § 403, wonach der bisherige Eigentümer dem neuen auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen hat. Dass hiebei der neue Eigentümer die Kosten zu tragen und vorzuschiessen hat, ist, da es sich doch um eine unter Umständen unnötige Vorsichtsmassregel im Interesse des neuen Eigentümers handelt, nur gerecht.

§ 4. Die rechtliche Stellung des Dritten.

Es wurde schon am Eingang dieser Darstellung[2]) hervorgehoben, eine Eigentümlichkeit dieser Eigentumsübertragungsart im Gegensatz zu den anderen liege darin, dass durch den Er-

[1]) § 401.

[2]) oben S. 11.

werbsakt nicht, wie sonst, zwei, sondern drei Personen in Mitleidenschaft gezogen werden. Es lässt sich deshalb die rechtliche Stellung des alten und des neuen Eigentümers nicht in vollem Umfang darstellen ohne gleichzeitige Betrachtung der rechtlichen Stellung des Dritten. Wir gehen hiebei von dem Wortlaut des § 931 aus, wonach zum Eigentumserwerb an der im Besitz eines Dritten befindlichen Sache Einigung und Abtretung des Herausgabeanspruchs erforderlich, aber auch genügend ist, wonach also Eigentumsverlust und Eigentumserwerb unabhängig ist von der Kenntnis des in Mitleidenschaft gezogenen Dritten[1]). Dass dieser Dritte in Mitleidenschaft gezogen wird, erhellt schon bei ganz oberflächlicher Betrachtung: steht er doch plötzlich, ohne, dass er etwas davon weiss, einem neuen Eigentümer gegenüber, der jeden Augenblick wünschen kann, sein Recht zu realisieren.

Hier ist die Gesetzgebung vor die Aufgabe gestellt, eine Interessenkollision zu vermeiden, und, wenn sie unvermeidlich ist, nach den Grundsätzen der Billigkeit zu entscheiden, wer bei dieser Kollision den Platz zu räumen hat. Es stehen sich zwei Interessen, man könnte auch sagen zwei gesetzgeberische Erwägungen gegenüber: das Interesse des neuen Eigentümers, der durch einen äusserlich unscheinbaren Akt begrifflich unbeschränkte Sachherrschaft erlangt hat, und das Interesse des besitzenden Dritten, in dessen Rechtssphäre ohne sein Wissen eingegriffen wird: die Raschheit steht der Sicherheit des Verkehrs gegenüber.

Sucht man einen Ausweg aus diesem Widerstreit der Interessen aus allgemeinen Gründen zu gewinnen, so wird man sagen dürfen: Es ist nur billig, dass derjenige, der auf so mühelose Weise Eigentum an einer Sache gewinnt, die in der thatsächlichen Verfügungsgewalt eines Dritten steht, der also sein Vermögen durch blosse Willensübereinstimmung mit einem anderen vermehrt sieht, ohne, dass einer von beiden die Hand zu rühren brauchte, auch die Nachteile in Kauf nehme, die sich daraus er-

[1]) Ob dieser Dritte im Augenblick der Anspruchsabtretung unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist, ist gleichgiltig. Es wäre praktisch unerträglich, wollte man etwa den Eigentumsübergang aus dem Grund leugnen, weil der Dritte z. Z. der Anspruchsabtretung das geliehene Buch nicht im unmittelbaren Besitz, sondern beim Buchbinder hatte.

geben, dass weder er noch sein Rechtsvorgänger die Sache im unmittelbaren Besitz hat; also Schutz des Dritten, dem ohne sein Wissen eine Verpflichtung aufgebürdet wird! Dies ist auch der Standpunkt des geltenden Rechts; er ist zunächst ausgesprochen in § 986 Abs. 2, wo es hiesst: „Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräussert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen [1]) entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen.“ Wenn im § 931 an die Abtretung (nebst Einigung) der Eigentumserwerb geknüpft wird, so möchte man meinen, dass damit schon gemäss § 413 die Vorschriften über den Schutz des Dritten bei der Abtretung (§§ 404 ff.) auch im Fall des § 986 Abs. 2 gelten, dass also damit die Bestimmung des § 986 Abs. 2 überflüssig wäre [2]). Eine solche Annahme wäre jedoch irrig, weil im Fall des § 931 die Abtretung des Anspruchs eine ganz andere und viel weiter gehende Bedeutung hat als in den Fällen der §§ 398 ff.: im letzteren Fall ist die Abtretung lediglich Mittel zum Zweck der Sachherrschaft, will der Cessionar der Vindikation gemäss § 413 erst Eigentümer werden, im ersteren Fall ist die Abtretung Selbstzweck, weil in ihr die Sachherrschaft enthalten ist; anders ausgedrückt: die Abtretung nach § 931 ist die einzige, welche nicht nur die Person, sondern auch die Sache berührt.

Das Schutzmittel des § 986 Abs. 2 und damit der §§ 404 ff. steht dem Dritten gegen jeden zu, der sein Eigentum nach § 931 erworben hat, ob ihm nun die Vindikation oder ein obligatorischer Herausgabeanspruch abgetreten wurde; die ausdrückliche Erwähnung des § 931 in § 986 hat den Sinn, dass der Anspruch auf Herausgabe, von dem Abs. 2 spricht, nicht in dem engen und technischen Sinn des § 985, sondern in dem weiteren Sinn des § 931 aufzufassen ist.

Den Hauptschutz des Dritten bildet die Vorschrift des § 404. Es kann demnach der besitzende Dritte dem neuen Eigentümer [3]) die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Eigentümer begründet waren.

[1]) vergl. §§ 404 ff.

[2]) Gemäss § 413 stehen jedoch diese Einwendungen dem Dritten gegenüber demjenigen zu, dem die Sache nur befristet (vergl. oben S. 23 N. 1) übereignet wurde.

[3]) oder Scheineigentümer, vergl. S. 50 N. 2 und 3.

Unter den Einwendungen sind sowohl die eigentlichen civilrechtlichen sog. rechtshemmenden Einreden „wie die auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen gestützten Einreden im prozessualischen Sinne“ zu verstehen[1]). Zu den ersteren gehören besonders diejenigen, mit welchen der Dritte sein Recht zum Besitz geltend macht, zu den letzteren gehören auf der einen Seite diejenigen, welche ein Recht des bisherigen Eigentümers nicht zur Entstehung kommen liessen, z. B. Geschäftsunfähigkeit des Dritten, der abstrakt (§§ 780, 781) eine Herausgabepflicht hinsichtlich eines angeblich ihm geliehenen[2]), thatsächlich ihm gehörigen Gegenstands anerkannte[3]) auf der anderen Seite diejenigen, welche das entstandene Recht des bisherigen Eigentümers aufheben, z. B. Verjährung des Herausgabeanspruchs.

Selbstverständlich kann der Dritte dem neuen Eigentümer auch Einwendungen entgegenhalten, welche die Giltigkeit seines Eigentumserwerbs betreffen, z. B. Geschäftsunfähigkeit des früheren Eigentümers bei Vornahme der Einigung[4]).

Ein Beispiel für eine Einwendung gemäss § 404! Hat B dem A sein Reitpferd abgekauft, das er früher selbst schon geritten hat, und wurde die dem A nach § 433 obliegende Verpflichtung zur körperlichen Übergabe durch Abtretung gemäss § 931 ersetzt, so muss, wenn C das Pferd schon vor dem Eigentumsübergang auf zwei Monate gemietet hat, B den zwischen A und C abgeschlossenen Mietsvertrag gegen sich gelten lassen, sodass man insoweit auch von beweglichen Sachen sagen kann, dass Kauf Miete nicht breche.

Freilich tritt hier der neue Eigentümer nicht von selbst, wie bei der Miete und Pacht von Grundstücken, in die Rechte und Pflichten des Vermieters ein, „allein der neue Eigentümer muss die vertragsmässige Bindung seines Rechtsvorgängers insoweit gegen sich gelten lassen, als sie dem Besitzer ein Recht zum Besitze giebt[5]).“

[1]) vergl. Planck a. a. O. zu § 404, 1. und Oertmann a. a. O. zu § 404.

[2]) Eine Erwähnung des Schuldgrunds im Schuldversprechen steht nicht im Widerspruch zu der abstrakten Natur der Verpflichtung, so auch Cosack a. a. O. § 162 III 1 a.

[3]) anders Eingehung eines Schuldverhältnisses nur zum Schein, vergl. § 405 und unten S. 62.

[4]) § 105.

[5]) Gierke a. a. O. S. 43.

Aber auch Rechtshandlungen, die zwischen dem Dritten und dem früheren Eigentümer nach der Abtretung des Anspruchs in Bezug auf denselben vorgenommen werden, ohne, dass der Dritte von einem Eigentumswechsel etwas erfährt, dürfen nicht zum Nachteil des ahnungslosen Dritten ausschlagen[1]), vielmehr begründen sie für den Dritten Einwendungen im Sinne des § 986 Abs. 2: Hat demnach der Dritte nach erfolgter Anspruchsabtretung die ihm geliehene Sache dem früheren Eigentümer zurückgegeben, der sie vielleicht mala fide weiter veräusserte, oder hat der bisherige Eigentümer dem Dritten die Sache mala fide geschenkt[2]), und dieser damit Eigentum erworben[3]), so ist er dem neuen Eigentümer gegenüber gedeckt, wenn er nur nicht im Augenblick der Restitution der Sache oder der nach § 929 S. 2 erforderlichen Einigung die Abtretung des Herausgabeanspruchs auf irgend welche Weise kannte[4]).

Ebenso[5]) hat, wenn in einem nach der Abtretung zwischen dem Dritten und dem alten Eigentümer anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über den Anspruch ergangen ist, der neue Eigentümer das Urteil gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, dass der Dritte die Abtretung beim Eintritt der Rechtshängigkeit[6]) gekannt hat. Die Entscheidung ist für den neuen Eigentümer bindend, ob nun die Sache dem bisherigen Eigentümer zugesprochen oder etwa infolge seiner mangelhaften Prozessführung abgesprochen wird. Solange freilich das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, kann der neue Eigentümer selbständig gegen den Dritten vorgehen, dem nicht etwa die prozesshindernde Einrede der Rechtshängigkeit zusteht; ebenso ist es ihm unbenommen, als Hauptintervenient[7]) oder Nebenintervenient[8]) in den Rechtsstreit einzugreifen.[9]) Gegen die Bedenken Plancks[10]) ist zu bemerken:

[1]) § 407 Abs. 1.
[2]) § 929 S. 2.
[3]) § 932 S. 2.
[4]) nicht: kennen musste.
[5]) § 407 Abs. 2.
[6]) C.P.O. § 263.
[7]) C.P.O. § 64.
[8]) C.P.O. §§ 66/68.
[9]) So mit Recht Oertmann a. a. O. zu § 407, zweifelnd Planck a. a. O. zu § 407, 2.
[10]) hinsichtlich der Interventionsberechtigung.

Es ist beim Fehlen einer Vorschrift, welche die Bestimmung der C.P.O. § 265 auch auf einen nach der Anspruchsabtretung entstehenden Rechtsstreit ausdehnt — ein derartiger § 236 a war beantragt worden, wurde aber abgelehnt[1]) — anzunehmen, dass das Gesetz die bessere, selbständigere Situation des neuen Eigentümers im Fall des § 407 Abs. 2 im Vergleich zu einem, dem erst nach[2]) der Rechtshängigkeit veräussert wird, würdigt und ihn deswegen den Beschränkungen des § 265 Abs. 2 C.P.O. nicht unterwirft.

Selbstverständlich geht aber dadurch, dass der durch rechtskräftiges Urteil zur Herausgabe der Sache verurteilte Dritte die Sache dem früheren Eigentümer herausgegeben hat, das Eigentum des neuen Eigentümers nicht unter, dem vielmehr die Vindikation zusteht, aber auch die Eigentumsvermutung zu Gunsten des Besitzers aus § 1006 bei seiner Rechtsverfolgung entgegensteht.

Hat umgekehrt der alte Eigentümer eine bereits in Streit befangene Sache veräussert durch Abtretung des ihm gegen den beklagten Dritten zustehenden Herausgabeanspruchs, so ist ohne Rücksicht auf einen[3]) erfolgten Eigentumsübergang der neue Eigentümer nicht berechtigt, ohne Zustimmung[4]) des Dritten den Prozess als Hauptpartei an Stelle des früheren Eigentümers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt er als Nebenintervenient auf, so stehen ihm nur die beschränkten Rechte des § 67 C.P.O. zu, d. h. er ist prozessual von den Handlungen des früheren Eigentümers abhängig.[5])

Statt aber den neuen Eigentümer in dieser Weise aus dem Prozess hinauszudrängen, kann der beklagte Dritte, der eingesehen hat, dass die eingeklagte Sache nach C.P.O. § 325 Abs. 2 für ihn doch verloren ist, — denn, wenn auch der bisherige Kläger nicht Eigentümer war, so wird der gutgläubige Erwerber mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs schon dann Eigentümer, wenn der Kläger nur wenigstens mittelbarer Besitzer war,[6]) — dem

[1]) Planck a. a. O. zu § 407, 2.
[2]) C.P.O. § 265 Abs. 1.
[3]) vergl. C.P.O. § 325 Abs. 2.
[4]) C.P.O. § 265 Abs. 2.
[5]) Gaupp-Stein, Kommentar zur C.P.O 4. Aufl. § 265 VI, 3. 1900.
[6]) § 934.

Kläger den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation[1]) entgegensetzen und so dessen Abweisung erzielen. Soviel von der rechtlichen Stellung des Dritten in einem zwischen diesem und dem bisherigen Eigentümer anhängig gemachten Rechtstreit.

Statt nämlich in eben geschilderter Weise sich entweder den neuen oder den alten Eigentümer vom Hals zu schaffen, kann der beklagte Dritte seinerseits den Wunsch haben, aus dem Prozess auszuscheiden, z. B. in dem Fall, wo er vom neuen Eigentümer auf Herausgabe belangt wird, ohne, dass er von der Abtretung etwas erfahren hat: hier ist der Dritte, sofern er unmittelbarer Besitzer zu sein behauptet und als Besitzer, etwa mit der Vindikation, verklagt ist, befugt,[2]) „seinem“ mittelbaren[3]) Besitzer vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit zu verkünden und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung zu laden, bis zu dieser Erklärung aber oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Wird nun die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozess zu übernehmen. Zustimmung des Klägers ist nicht[4]) erforderlich, weil dessen Ansprüche gegen den Beklagten gerade auf seinem Besitz d. h. auf seinen Beziehungen zum Benannten beruhen. Übernimmt nun der Benannte den Prozess, — wir denken etwa an den Fall, dass der frühere Eigentümer aus Chikane dem neuen Eigentümer sein nach § 931 erworbenes Eigentum streitig zu machen sucht — so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst ist freilich auch gegen den Dritten selbst

---

[1]) C.P.O. § 265 Abs. 3.

[2]) C.P.O. § 76.

[3]) d. h. demjenigen, für den er gemäss § 868 B.G.B. zu besitzen behauptet, also auch dem früheren Eigentümer, der seinen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe und damit (§ 870) seinen mittelbaren Besitz abgetreten hat. Die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst ist ja doch auch gegen den Dritten wirksam und vollstreckbar (§ 76 Abs. 4 S. 2).

[4]) Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, dass der Beklagte als unmittelbarer Besitzer besitzt, z. B. Ansprüche auf Entschädigung wegen eigener Handlungen des Beklagten (Gaupp-Stein a. a. O. zu 76, IV 3).

wirksam und vollstreckbar: allein er war ja schon vorher bereit, die Sache herauszugeben, nur wusste er nicht, wer zur Empfangnahme berechtigt war. Erklärt sich aber der Benannte (frühere Eigentümer) auf die Streitverkündung und Ladung des Dritten nicht oder bestreitet er die Behauptung des beklagten Dritten, so ist dieser berechtigt, dem Klageantrag zu genügen.

In solchem Fall würden, da der Beklagte vom Eigentumsübergang nichts wusste, diese Kosten dem Kläger [1]) zuzuscheiden sein.

Einen weiteren Schutz gewährt dem Dritten die Bestimmung des § 408. Hatte der bisherige Eigentümer nach erfolgter Eigentumsübertragung nochmals den ihm nicht mehr zustehenden Herausgabeanspruch übertragen oder wurde der bereits abgetretene Anspruch durch gerichtlichen Beschluss einem Dritten überwiesen,[2]) so finden, wenn der Dritte an den neuen Erwerber leistet und dieser damit gemäss § 934 Eigentum erwirbt, oder, wenn zwischen dem Dritten und dem neuen Cessionar ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu Gunsten des Dritten die Vorschriften des § 407 dem ersten Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung, d. h. der frühere Erwerber (erste Cessionar) muss diese Handlungen gegen sich gelten lassen, wofern nicht dem Dritten zur Zeit der Vornahme der den ersten Cessionar schädigenden Rechtshandlung oder zur Zeit der Rechtshängigkeit die Anspruchsabtretung an den ersten Cessionar bekannt war.

Aus all dem ist zu ersehen, dass von der Anzeige der erfolgten Anspruchsabtretung an den die Sache besitzenden Dritten die Sicherheit der rechtlichen Stellung des neuen Eigentümers in erheblichem Masse abhängt. Ist die Anzeige dem Dritten zugegangen[3]), dann kann er das Recht des neuen Eigentümers nicht mehr beeinträchtigen, ohne diesem zum mindesten schadensersatzpflichtig zu werden.[4]) Hiemit ist einerseits die nach dem gemeinen Recht bestrittene Frage der Zulässigkeit der Denuntiation bei der Abtretung der Vindikation[5]) in bejahendem Sinn beantwortet, andererseits hindert jedoch nicht nur die durch Denun-

[1]) C.P.O. § 94.
[2]) C.P.O. §§ 846 ff.
[3]) § 130.
[4]) § 407.
[5]) Stampe a. a. O. S. 337, dag bes. Jhering a. a. O. S. 114 ff.

tiation (Mitteilung des alten oder neuen Eigentümers) vermittelte Kenntnis der Abtretung den Dritten, dem bisherigen Eigentümer gegenüber noch Rechtshandlungen bezüglich der Sache vorzunehmen; vielmehr ist es gleichgiltig, woher der Dritte die Abtretung kennt. Aber erst,[1]) wenn der bisherige Eigentümer dem Dritten mündlich oder schriftlich die Anspruchsabtretung angezeigt hat, muss jener es sich gefallen lassen, wenn dieser an den in der Anzeige Bezeichneten leistet, selbst, wenn die Abtretung gar nicht erfolgt oder wirksam ist. In solchem Fall wird zwar der Pseudocessionar, der angebliche Anspruchserwerber, kein Eigentum an der Sache erwerben, wenn ein Vertrag zwischen ihm und dem früheren Eigentümer entweder nicht zustandekam oder nichtig war, aber es ist denkbar, dass dieser angebliche Erwerber einem weiteren gutgläubigen Erwerber Eigentum an der Sache verschafft. Einer Anzeige des bisherigen Eigentümers an den Dritten steht es übrigens gleich, wenn der neue Eigentümer dem Dritten eine vom bisherigen Eigentümer ausgestellte Urkunde über die Anspruchsabtretung, in der er selbst als neuer Berechtigter bezeichnet ist, vorlegt.[2]) Dabei ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der Dritte zu einer Leistung an den neuen Berechtigten im Sinn der Abtretungserklärung selbst dann befugt, wenn er wusste, dass die Abtretung nicht erfolgte oder nichtig war. In solchem Fall wird aber unter Umständen eine Schadensersatzpflicht des Dritten gemäss § 826 Platz greifen.

Wird die Anzeige zurückgenommen, so verliert sie ihre Wirkung für die Zukunft,[3]) doch kann die Zurücknahme nur mit Zustimmung desjenigen erfolgen, welcher in der Anzeige als neuer Berechtigter bezeichnet worden ist.[4]) Kann demgemäss der Dritte, sobald ihm nur die Abtretung gemäss § 409 mitgeteilt ist, an den neuen Eigentümer leisten, ohne fürchten zu müssen, vom bisherigen Eigentümer belangt zu werden, so ist er doch dem neuen Eigentümer gegenüber erst dann zur Leistung nicht mehr bloss berechtigt, sondern verpflichtet, wenn der bisherige Eigentümer ihm die Abtretung schriftlich angezeigt hat.[5])

[1]) § 409 Abs. 1 S. 1.
[2]) § 409 Abs. 1 S. 2.
[3]) Planck a. a. O. zu § 409, 4.
[4]) § 409 Abs. 2.
[5]) § 410 Abs. 2.

Die schriftliche Anzeige des alten Eigentümers kann dadurch ersetzt werden, dass der neue Eigentümer dem Dritten eine vom alten Eigentümer über die Abtretung ausgestellte Urkunde aushändigt[1]) (nicht bloss vorlegt). Auch ist eine Kündigung oder Mahnung des neuen Eigentümers, sofern nicht der alte Eigentümer die Abtretung schriftlich angezeigt hat, unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grund unverzüglich[2]) zurückweist.[3]) Dass der alte Eigentümer dem neuen eine derartige Urkunde ausstelle, kann der neue Eigentümer sogar ausdrücklich verlangen; zwar spricht das Gesetz diese Verpflichtung nur hinsichtlich einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung aus,[4]) aber es ist nicht einzusehen, warum sich der alte Eigentümer der für ihn viel bequemeren Verpflichtung, eine privatschriftliche Abtretungserklärung auszustellen, sollte entziehen können. Nicht ergiebt sich die letztere Verpflichtung aus § 402. Nach dieser Bestimmung ist der alte Eigentümer nur verpflichtet, dem neuen Eigentümer die zur Geltendmachung seiner Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise seiner Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, also Urkunden, die mit der Abtretung gar nichts zu thun haben, auszuliefern.

Wir haben demnach gefunden, dass der neue Eigentümer sein Eigentum zwar formlos erlangen kann, dagegen sich auf Verlangen des Dritten in formeller Weise legitimieren muss, wenn er den seinem Eigentum entsprechenden Besitz beansprucht.

Es ist denkbar, dass zwischen dem Dritten und dem früheren Eigentümer eine Abmachung getroffen wurde, wonach die Anspruchsabtretung ausgeschlossen wurde. Wurde nun dieser Vereinbarung entgegen der Anspruch auf Herausgabe abgetreten und würde damit Eigentum begründet, so wäre der frühere Eigentümer dem Dritten zum Schadenersatz verpflichtet. Es fragt sich aber, ob diese Vereinbarung dem neuen Erwerber gegenüber nicht doch wirksam ist.

---

[1]) § 410 Abs. 1 S. 1.
[2]) § 121.
[3]) § 410 Abs. 1 S. 2.
[4]) § 403.

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.[1]) Hat jedoch der Schuldner eine Urkunde über seine Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung dieser Urkunde abgetreten wurde, auf den Ausschluss der Abtretung nur dann berufen, wenn der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste.[2]) Es fragt sich, ob diese Vorschriften auch dann Anwendung finden, wenn die Abtretung in Verbindung mit der Einigung an sich Sachherrschaft bewirkt, also stärkere Folgen äussert als die gewöhnliche Abtretung, oder, ob hier nicht die allgemeinen Bestimmungen des § 137 Platz greifen, wonach zwar die Verpflichtung, über ein veräusserliches Recht nicht zu verfügen, rechtliche Wirkungen äussern kann, dagegen eine dieser Verpflichtung zuwider vorgenommene Verfügung vollwirksam ist, da eben die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann. Geht nun die Vorschrift des § 399 auch für den Fall der beabsichtigten Eigentumsübertragung der allgemeinen Vorschrift des § 137 vor? Man muss hiebei erwägen, dass das B.G.B. unter Verfügung nicht nur eine Rechtshandlung versteht, die unmittelbar dingliches Recht begründet, sondern jede Handlung, in der eine Preisgabe (wenigstens auf der einen Seite) eigenen Rechts enthalten ist, so, dass schon die Bestimmung des § 399 sich als eine Ausnahme des § 137 darstellt:[3]) es kann demnach in diesem Ausnahmefall auch die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden, gleichviel, ob diese Verfügung in einer blossen Abtretung eines obligatorischen Anspruchs oder in einer Übereignung besteht; beide Fälle sind gleichmässig Ausnahmen von § 137. Hat demgemäss der frühere Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe entgegen dem vereinbarten Ausschluss der Abtretung auf einen anderen übertragen und sich mit diesem über den Eigentumsübergang geeinigt, so hat letzterer Eigentum nicht erworben. Hat jedoch der Dritte eine Urkunde über seine Leistungspflicht ausgestellt, die bei der Ab-

[1]) § 399.
[2]) § 405.
[3]) Planck a. a. O. zu § 137.

tretung der Forderung vorliegt, so kann der neue Eigentümer gemäss § 931, wenn er bei der Abtretung den Sachverhalt weder kannte noch kennen musste, den vertragsmässigen Ausschluss der Abtretung ignorieren [1]) und die Herausgabe der Sache verlangen.

§ 5. Eigentumserwerb vom Nichteigentümer.

Bei der Betrachtung unseres Gegenstandes giengen wir bisher von dem Normalfall aus, dass ein Eigentümer durch Abtretung eines ihm zustehenden dinglichen oder obligatorischen Herausgabeanspruchs auf einen anderen Eigentum überträgt; wir sahen zugleich, dass durch diesen Eigentumsübergang die Rechte des Dritten nicht geschmälert werden. Den Schutz des Dritten betrachteten wir [2]) als einen Schutz der Sicherheit des rechtlichen Verkehrs gegenüber der Schnelligkeit des Güteraustausches. Dass aber diese beiden Interessen nicht nur gegeneinander, sondern auch nebeneinander wirksam werden können, beweist das B.G.B., indem es die beschleunigte Eigentumserwerbsart des § 931 auch demjenigen zubilligt, der in gutem Glauben sein Recht von einem Nichteigentümer ableitet.[3]) Unter Aufhebung [4]) des streng individualistischen römischen Grundsatzes: „ubi rem meam invenio, ibi vindico“ hat das Gesetz dem germanischen Rechtsgedanken Raum verschafft, dass der redliche Erwerber auch dann Eigentum erlangen müsse, wenn er von einem Nichteigentümer erwerbe, und, dass es Sache des geschädigten früheren Eigentümers sei, sich an den zu halten, dem er mit Unrecht sein Vertrauen geschenkt habe. Man pflegt diesen Gedanken mit den Rechtssprichwörtern auszudrücken: „Hand wahre Hand“ oder: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen.“ Mit Aufnahme dieses Gedankens knüpft das B.G.B. an die im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Art. 306 und 307 zum Ausdruck gekommene Entwicklung an.

Die massgebende Bestimmung enthält § 934. Er besagt, dass, wenn eine nach § 931 veräusserte Sache nicht dem Veräusserer

---

[1]) § 405.
[2]) vergl. oben S. 48 u. 49.
[3]) § 934.
[4]) vergl. jedoch § 935 Abs. 1.

gehört habe, der gutgläubige Erwerber doch Eigentümer werden könne. Die Art des Eigentumserwerbs hängt davon ab, ob der Veräusserer mittelbarer Besitzer war oder nicht. Im ersteren Fall erlangt der Erwerber, wie im Normalfall des § 931, das Eigentum mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs, im letzteren Fall dagegen erst mit der Erlangung des Besitzes. Der Eigentumserwerb tritt aber nur dann ein, wenn der Erwerber zur Zeit der Abtretung bezw. zur Zeit des Besitzerwerbs in gutem Glauben ist, d. h., wenn er nicht weiss, dass die Sache nicht dem Veräusserer gehört, und, wenn dieses Nichtwissen auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht.

Bei der Auslegung des Begriffs der „groben" Fahrlässigkeit bemerkt Wendt[1]) zutreffend, dass sie noch nicht damit gegeben sei, wenn man „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" ausser Acht lasse,[2]) sondern erst dann vorliege, wenn man sich „der Einsicht in die Verhältnisse und dem Wissen leichtfertig" entziehe.[3])

Hat z. B. A eine Sache dem B geliehen, B dieselbe Sache dem C, so kann B, da er dem C gegenüber mittelbarer Besitzer ist, dem gutgläubigen D durch Abtretung des ihm gegen C zustehenden obligatorischen Herausgabeanspruchs Eigentum übertragen. Abgelehnt wurde schon oben[4]) die Auffassung, dass die Abtretung der Vindikation in diesem Fall dieselbe Wirkung habe, vielmehr verschafft hier die Vindikation dem gutgläubigen Erwerber das Eigentum erst mit dem Besitz, den ihm der Dritte einräumt.

In allen diesen Fällen genügt übrigens zur Eigentumsübertragung die Anspruchsabtretung nicht, sondern es muss, da die Veräusserung nach § 931 erfolgt, der dingliche Vertrag, die Einigung über den Eigentumsübergang, hinzukommen so, dass, wofern die Einigung der Anspruchsabtretung nachfolgt, der Eigentumserwerb nicht schon mit der Abtretung, — trotz des entgegengesetzten Wortlauts des Gesetzes — sondern erst mit erfolgter Einigung eintritt.

[1]) Erwerb von einem Nichtberechtigten, Archiv f. civ. Praxis B. 89, S. 1 ff. 1899.

[2]) § 276.

[3]) Wendt a. a. O. S. 8.

[4]) S. 33 u. 34.

Der § 934 enthält eine Schutzvorschrift zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers nur insoweit, als er sich über das Eigentum des Veräusserers irrt; dagegen müssen die Willenserklärungen, aus denen sich die Einigung und die Abtretung zusammensetzt, als solche vollwirksam sein, insbesondere von unbeschränkt geschäftsfähigen Personen herühren: „die Mängel des Rechtsgeschäfts können nicht durch den guten Glauben ausgeglichen werden.“ [1])

Die Leichtigkeit, mit welcher der Güterumsatz gemäss § 931 vor sich geht, wird manchen, — das wird die Zukunft zeigen — der sich seines Eigentums bereits entäussert hat, verleiten, nochmals dieselbe ihm nicht mehr gehörige Sache zu veräussern, um so mehr als der Dritte, bei dem sich etwa der vorsichtige zweite Käufer erkundigt, von der bereits erfolgten Veräusserung nichts zu wissen braucht. Zwar erlangt in einem solchen Fall der zweite gutgläubige Erwerber das Eigentum erst mit dem Erwerb des unmittelbaren Besitzes,[2]) da der frühere Eigentümer mit der ersten Anspruchsabtretung sich zugleich[3]) seines mittelbaren Besitzes entäussert hat: immerhin ist es unter Umständen für einen gewissenlosen Veräusserer nicht schwierig, den ersten Erwerber dadurch um sein Eigentum zu bringen, dass er den Dritten durch die Mittel des § 410 zur Besitzausfolge an den zweiten gutgläubigen Erwerber veranlasst.

Sind die Sachen, welche ein Nichteigentümer veräussert, dem Eigentümer abhanden gekommen (ihm etwa gestohlen worden oder verloren gegangen oder vom unmittelbaren Besitzer verwechselt worden), so kann der gutgläubige Erwerber nur dann Eigentum erwerben, wenn die Sachen entweder Geld oder Inhaberpapiere oder Sachen sind, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräussert wurden.[4])[5]) An allen anderen abhanden gekommenen Sachen erwirbt auch der gutgläubige Erwerber kein Eigentum.[6]) Dasselbe gilt, wenn die Sache zwar nicht dem

---

[1]) Wendt a. a. O. S. 22.
[2]) § 934, 2. Teil.
[3]) vergl. oben S. 39, 43.
[4]) § 935 Abs. 2.
[5]) vergl. § 1236 S. 2 (Möglichkeit des Übergabeersatzes).
[6]) § 935 Abs. 1 S. 1.

Eigentümer, da dieser nur mittelbarer Besitzer war, sondern dem unmittelbaren Besitzer abhanden kam.[1])

Der gutgläubige Erwerber einer Sache darf unter der Herrschaft des B.G.B. erwarten, sein Eigentum frei von etwaigen ihm unbekannten dinglichen Rechten eines Dritten (Niessbrauch, Pfandrecht) zu erwerben[2]): mit dem Erwerb seines Eigentums erlischt das Recht des Dritten.

Diese Regel gilt auch für den Eigentumserwerb gemäss §§ 931 und 934. Hat z. B. A eine ihm gehörige dem B verpfändete Sache diesem entwendet, dem C geliehen und nach § 931 an D veräussert, so erlischt mit dem Eigentumserwerb des D, also schon mit erfolgter Anspruchsabtretung, das Pfandrecht des B, sofern nur D zur Zeit der Abtretung hinsichtlich des dinglichen Rechts des B in gutem Glauben war.[3]) Nicht war das Pfandrecht des B schon durch Entwendung seitens des A erloschen.[4]) War dagegen die veräusserte Sache nicht im mittelbaren Besitz des Veräusserers, ist ihm etwa eine Sache gestohlen worden, an der dem B Niessbrauch gemäss §§ 1032 und 930 eingeräumt war, so, dass der Eigentümer unmittelbarer Besitzer der Sache war, so kann er durch Abtretung der Vindikation Eigentum übertragen. In solchem Fall soll aber der gutgläubige Erwerber die Sache frei von dem Recht des Dritten nicht schon mit dem Erwerb seines Eigentums, sondern erst dann bekommen, wenn er auf Grund der Veräusserung den Besitz der Sache erlangt[5]) und zu dieser Zeit[6]) hinsichtlich des Niessbrauchs in gutem Glauben war. Auch hier findet der besitzende Dritte, der ein Recht an der Sache hat, die abgetreten wird, besondere Berücksichtigung. Zwar hindert dieser Umstand den Eigentumsübergang nicht, allein in diesem Fall geht das Recht des Dritten auch einem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht unter.[7])

Dieselben Einreden, welche dem Dritten gegen den neuen Eigentümer zustehen, wenn dieser sein Recht vom Eigentümer

[1]) § 935 Abs. 1 S. 2.
[2]) § 936 Abs. 1.
[3]) § 936 Abs. 1 S. 1, § 936 Abs. 2.
[4]) § 1253 Abs. 1.
[5]) § 936 Abs. 1 S. 3.
[6]) § 936 Abs. 2.
[7]) § 936 Abs. 3.

herleitet, stehen ihm natürlich auch dann zu, wenn der neue Erwerber sein Recht nicht vom Eigentümer herleitet, sondern vom Nichteigentümer gemäss § 934.[1])

Unter diesen Einreden bedarf in diesem Zusammenhang besonderer Erwähnung die Bestimmung des § 405. Hat der Dritte eine Urkunde über seine Verpflichtung ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, dass die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt sei, es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste. Gesetzt, C habe dem A eine Urkunde ausgestellt, in dem er zum Schein anerkennt, eine ihm gehörende Aktie im Nominalwert von 1000 Mk. — als Depositum empfangen zu haben, so fragt es sich, welche Bedeutung es hat, wenn A diese Scheinforderung dem gutgläubigen B unter Vorlegung der Urkunde abtritt. Eine sachenrechtliche Wirkung hat die Abtretung als solche nicht, da ja A nicht mittelbarer[2]) Besitzer ist, vielmehr verschafft sie dem gutgläubigen Erwerber einen obligatorischen Anspruch, dessen Realisierung die Einrede des Scheingeschäfts nicht entgegengehalten werden kann, und mit dessen Realisierung der Erwerber Eigentum erlangt.

§ 6. Anhang: Die Eigentumserwerbsart des B.G.B. § 931 in ihrem Verhältnis zum Verfolgungsrecht der K.O. und zu den Warenpapieren des H.G.B.

Aus dem Rahmen dieser Darstellung soll als noch nicht spruchreif die Erörterung der Frage hinausfallen, welchen Einfluss die Eigentumserwerbart des § 931 auf andere Rechtsgebiete, abgesehen vom bürgerlichen Recht, äussern wird. Nur zwei Erscheinungen sollen wenigstens gestreift werden:

Das Verfolgungsrecht der K.O. § 44, wohl auch als right of stoppage oder droit de suite bekannt, (wonach der Verkäufer oder Einkaufskommissionär Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und vom Gemeinschuldner

[1]) vergl. oben § 4.

[2]) vergl. §§ 934, 117 Abs. 1.

noch nicht vollständig bezahlt sind, dinglich zurückfordern kann, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gekommen sind,) war für das bisherige gemeine Recht aus dem Grund unpraktisch,[1]) weil dieses — abgesehen von dem hier nicht zutreffenden constitutum possessorium — Eigentumsübergang ohne Besitzübergang nicht kannte. Hier konnte der Verkäufer auch ohne die spezielle Bestimmung der K.O. § 44 die Waren als erst nach Eröffnung des Verfahrens ins Vermögen des Gemeinschuldners gekommen und daher zur Konkursmasse nicht gehörig (K.O. § 1) vindizieren; praktischen Wert hatte das Verfolgungsrecht besonders für die Gebiete des französischen[2]) und preussischen[3]) Rechts.

Mit dem B.G.B. ist das Institut für ganz Deutschland von Bedeutung geworden, da der § 931 einen Eigentumserwerb statuiert, der unabhängig von dem Gewahrsam des neuen Eigentümers oder einer anderen Person für diesen eintritt. Hat z. B. A in Stuttgart an B in München gemäss § 931 Eigentum an Waren übertragen, die A bei dem Spediteur C in Leipzig lagern liess, so kann A diese Waren in dem Konkurs des B an sich ziehen, sofern sie nicht schon vor der Konkurseröffnung in München angekommen und in den Gewahrsam des B oder einer anderen Person für ihn gekommen sind. Kamen die Waren vor der Konkurseröffnung per Bahn in München an, so ist A auch jetzt noch befugt, sein Verfolgungsrecht im Konkurs geltend zu machen, da der Frachtführer (die Bahn) den Gewahrsam an den Waren nicht für den Empfänger ausübt, vielmehr[4]) das Verfügungsrecht des Absenders erst dann erlischt, wenn nach der Ankunft des Gutes am Ort der Ablieferung der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder vom Empfänger Klage gemäss § 435 H.G.B. gegen den Frachtführer erhoben wird.

---

[1]) wenigstens regelmässig: man denke jedoch an einen Eigentumserwerb durch Dispositionspapiere; vergl. unten S. 64.

[2]) oben S. 14.

[3]) Dernburg Pr. Pr. R. I. § 239: Tradition beweglicher auf Grund eines Distancekaufes abgesendeter Sachen gilt mit der Überlieferung an den Frachtführer behufs Aushändigung an den Käufer vollzogen.

[4]) H.G.B. § 433 Abs. 2.

Noch sei flüchtig ein Punkt berührt, in dem der § 931 das Handelsrecht beeinflusst.

Das Vorhandensein eines besonderen Handelsrechts im Gegensatz zum bürgerlichen Recht beruht nicht zum wenigsten auf dem Bedürfnis, den Handelsstand von gewissen für den bürgerlichen Verkehr wohlthätigen Fesseln zu befreien, weil diese beim gewerbsmässigen Güterumsatz als zu drückend und bei der durchschnittlichen Geschäftserfahrung als unnötig empfunden würden; man denke etwa an die Befreiung des kaufmännischen Bürgen von dem Erfordernis der Schriftlichkeit seiner Verpflichtungserklärung.[1]) So war das Handelsrecht dem bisherigen gemeinen bürgerlichen Recht an Freiheit auch darin voraus, dass jenes in den Warenpapieren eine Eigentumserwerbsart kannte, die vom Besitzübergang absah[2]), d. h. letzteren durch Papierübergabe ersetzte.

Indem § 931 statt der Papierübergabe, eines sinnenfälligen Aktes, die möglicherweise ganz formlose Anspruchsabtretung zum Eigentumserwerb genügen liess, hat es seinerseits das Handelsrecht an Bewegungsfreiheit übertroffen; denn, ohne in die bestrittene[3]) Frage einzutreten, wie unter der Herrschaft des gemeinen Rechts die Wirkung dieser Warenpapiere (wohl auch Traditions- oder Dispositionspapiere genannt) juristisch zu konstruieren war, kann man vom Standpunkt des B.G.B. aus sagen, dass die Übergabe des Papiers gleichbedeutend sei mit der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe gemäss § 931[4]), nur, dass nach bürgerlichem Recht Eigentum übergeht mit der formlosen Anspruchsabtretung, während nach Handelsrecht die Abtretung in bestimmter Schriftform erfolgen muss.

Allerdings ist das Eigentum, welches durch die Übergabe des Konnossements,[5]) des Ladescheins[6]) und des Lagerscheins[7]) erworben wird, doch anders geartet als das nach § 931 entstandene:

[1]) H.G.B. §§ 350, 351.

[2]) vergl. H.G.B. Art. 649 und R.G. XXXII S. 30.

[3]) vergl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Aufl. S. 464, 7 und die dort Angezogenen. 1900.

[4]) vergl. auch Prot: VI. S. 264.

[5]) H.G.B. § 647.

[6]) H.G.B. § 450.

[7]) H.G.B. § 424.

Staub[1]) macht mit Recht darauf aufmerksam, dass die Übergabe der Dispositionspapiere so wirke wie eine nach § 929 erfolgende Übergabe, nicht bloss wie ein Übergabeersatz nach § 931. Wurde demnach dem unmittelbaren Besitzer (etwa dem Schiffer) ein Pfandrecht an den abgeladenen Waren bestellt, so erlischt dieses gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Konnossements gemäss §§ 936 Abs. 1 (932), nicht bleibt es gemäss § 936 Abs. 3 bestehen. Während aber bisher durch Übergabe des Traditionspapiers ausser dem Adressaten nur dessen Indossatar ein dingliches Recht erwarb, genügt nunmehr die einfache Cession[2]) des Traditionspapiers als Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe nach § 931 in Verbindung mit der Einigung zum Eigentumserwerb. Nur muss sich in diesem Fall der neue Eigentümer die Einreden aus der Person des letzten Indossatars gefallen lassen; ja man wird, obwohl ein Traditionspapier ausgestellt ist, auch ohne Cession des Papiers einfach gemäss § 931 Eigentum übertragen können, da die Verpflichtung z. B. des Schiffers,[3]) nur dem legitimierten Papierinhaber zu leisten, die Möglichkeit eines vorherigen Eigentumsübergangs nicht ausschliesst.

Auch wird in den gewiss seltenen Fällen, in denen ein Traditionspapier an einem unheilbaren Formmangel krankt,[4]) etwa die Unterschrift des Frachtführers beim Ladeschein fehlt,[5]) doch der Eigentumsübergang gemäss § 931 und § 140 B.G.B. zu retten sein, wenn nur anzunehmen ist, dass Veräusserer und Erwerber bei Kenntnis der Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts, der Übergabe des ungiltigen Ladescheins, einen Eigentumsübergang wenigstens nach § 931 gewollt haben würden.

§ 7. Schlusswort.

Das Recht ist ein Machtprodukt, nicht der Ausdruck des absolut Vernünftigen und Guten. Allein diese Macht, die das Recht schafft, ist — tiefer gesehen — nicht eine Laune des Gesetz-

[1]) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, zu § 365 Anm. 11, 6. u. 7. Aufl. 1900.

[2]) Staub a. a. O. zu § 363 Anm. 33.

[3]) H.G.B. § 645.

[4]) vergl. Makower, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, zu § 414 Anm. 37, 6. Aufl. 1875.

[5]) H.G.B. § 445 Abs. 2.

gebers, der neue Rechtsgebilde aus dem Ärmel schüttelt, sondern die Zeit und deren treibende Gedanken, die den Gesetzgeber beherrschen. Nicht das ist das Ideal eines Gesetzes, dass es für alle Zeiten unantastbar bleibe, sondern, dass es zeitgemäss sei d.h., dass es den berechtigten Bedürfnissen entgegenkomme, welche das Zusammenleben von Menschen in einer bestimmten Zeit hervorruft. Von diesem Standpunkt aus gesehen dürfen wir die Eigentumserwerbsart des § 931 freudig begrüssen. Sie ist modern, passt so recht in das Zeitalter „des Dampfes und der Elektrizität", ein Ausdruck eines hastigen, aber hoch entwickelten Wirtschaftslebens. Sie ist modern, und ein interessantes Stück Kulturgeschichte steigt vor uns auf, wenn wir die Kluft beleuchten und durch Übergänge überbrücken, die zwischen den altrömischen Eigentumserwerbsarten der mancipatio und in iure cessio und der Eigentumserwerbsart des B.G.B. § 931 sich aufthut!

Um sich des Eigentums an einem wichtigeren Vermögensgegenstand (sog. res mancipii) (auf Grund eines Kaufes) zu entledigen, bedurfte der alte Römer der mancipatio[1]) (einer formellen vor fünf Zeugen und einem Wagmeister erfolgenden Zuwägung des Kaufpreises und einer Besitzergreifung der so gekauften Sache mit solennen Worten) oder später — abgesehen von der causa der Eigentumsübertragung — der in iure cessio[2]) d. h. der Inscenierung eines Prozesses, wobei er sich von dem künftigen Erwerber mittelst einer Scheinvindikation auf Herausgabe belangen und vom Richter auf Grund seines Geständnisses zur Herausgabe verurteilen lassen musste. Die Eigentumsübertragung war ein solenner Akt: jeder Gesetzesunterthan sollte es sich reiflich überlegen, wenn er wichtigere Gegenstände aus seinem Vermögen ausscheiden wollte. In der Solennisierung lag eine Bevormundung seitens der Rechtsordnung. Bei einem nur einigermassen entwickelten Verkehr liess sich eine derartige Schwerfälligkeit der Eigentumsübertragung nicht halten: die hauptsächlichste Eigentumsübertragungsart wurde die Tradition, ein zwar formloser, aber sinnlich erkennbarer Akt: der Gegenstand geht mit der Sachherrschaft von einer Hand zur andern. Von einer Solennität bei der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen sah von

[1]) Sohm, Institutionen d. römischen Rechts 8. und 9. Aufl. S. 47. 1899.
[2]) Sohm a. a. O. S 54 ff.

Anfang an das deutsche[1]) Recht ab, andererseits kannte es auch „keine Vergabung ohne Besitzentäusserung“: „donner et retenir ne vaut“. Im römischen Recht hingegen hielt man in der weiteren Entwicklung für die Tradition auch nicht mehr an dem Erfordernis der körperlichen Übergabe fest, sondern liess Surrogate der Übergabe genügen, das constitutum possessorium, bei dem Eigentum nur kraft eines zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses übergeht, ohne, dass nach aussen eine Veränderung wahrzunehmen wäre, und die brevi manu traditio, wo der Besitz des Erwerbers durch blossen Willensakt, ohne Berührung der Sache, in Eigentum verwandelt wird. In diesen neuen Eigentumserwerbsarten drückt sich das Bedürfnis des Verkehrs nach einem immer bequemeren Güterumsatzmittel aus. Bei aller Verschiedenheit gleichen sich aber diese Eigentumserwerbsarten alle darin, dass beim Eigentumsübergang entweder der Veräusserer — das ist das Normale — oder doch wenigstens der Erwerber den Gegenstand im unmittelbaren Besitz hat, an dem Eigentum übertragen werden soll. Demgegenüber bedeutet die Eigentumserwerbsart des § 931 etwas ganz Neues und — man darf sagen — Kühnes: durch zwei Vertragsschlüsse, für welche die Beobachtung einer Form nicht vorgeschrieben ist, kann Eigentum an einer Sache übertragen werden, die im Besitz eines Dritten ist, und ohne, dass der Dritte etwas davon erfährt.

Wie die Entstehungsgeschichte des B.G.B. ausweist, war denn auch die Eigentumserwerbsart des § 931 nicht von Anfang an vorgesehen. Der Entwurf I §§ 804, 874 Abs. 1[2]) kannte nur eine Eigentumsübertragung, bei der die Übergabe durch Anweisung ersetzt wurde. Hierin lag allerdings insofern ein Schutz des Dritten, als der Eigentumserwerb von seinem Willen abhängig war; auf der anderen Seite war jedoch diese Eigentumserwerbsart für den Dritten dadurch gefährlich, dass er seine Einwendungen gegen den neuen Erwerber verlor, falls er der Anweisung nicht rechtzeitig widersprach. Erst der Entwurf II § 844 und ihm folgend das B.G.B. hat den Willen des Dritten beim Eigentumserwerb ausgeschaltet, ihm dafür reichlichen Schutz durch Einwendungen gewährt. Man wird sagen dürfen, dass die

[1]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts § 115 B. 1886.

[2]) vergl. zum Folgenden: Haidlen, bürgerl. Gesetzbuch etc., zu § 931. 1897.

Raschheit des Güterumsatzes hier aufs äusserste gesteigert ist, zugleich aber auch zugeben müssen, dass in der Zulassung dieser Eigentumserwerbsart, die mit so kleinen Mitteln solch durchgreifende Wirkungen erzielt, ein Vertrauensvotum des Gesetzgebers in doppelter Hinsicht liegt: Einmal erklärt er damit das Volk für reif, für die Erhaltung seines Vermögens auch in dem Sinn selbst zu sorgen, dass es sich des Einflusses bewusst werde, den nicht nur Handlungen, sondern blosse Worte auf seine Eigentumssphäre ausüben können, dann aber kann ein Gesetzgeber eine solche Eigentumserwerbsart nur dann ins geltende Recht aufnehmen, wenn er darauf rechnen darf, dass das begrifflich so starke, thatsächlich gewiss häufig so zarte Band zwischen neuem Eigentümer und Drittem in der Mehrzahl der Fälle nicht durch unlautere Manipulationen des früheren Eigentümers durchschnitten wird. Die Gefahr dazu ist gross genug, wenn man bedenkt, dass der Dritte vom Eigentumsübergang nichts zu wissen braucht, und, dass ein gutgläubiger zweiter Erwerber in seinem Recht geschützt wird. Darin liegt eine zweifellose Schwäche dieser Eigentumserwerbsart, eine Schwäche, die aber in den meisten Fällen durch zeitige Benachrichtigung des Dritten zu heilen ist und die nicht zu vermeiden war, wenn man bedenkt, dass das Recht nicht der einseitigen Berücksichtigung, sondern dem Ausgleich der Interessen dient. Dass den besonders schutzwürdigen Interessen des Dritten ausgiebig Rechnung getragen worden ist, wurde oben[1]) festgestellt. Insbesondere sind die Unzuträglichkeiten beseitigt, die für ihn daraus entstehen könnten, dass der Eigentumserwerb ohne sein Wissen sich vollzieht, und er so an einen nicht mehr Berechtigten leistet: was er nicht weiss, hat er nicht zu verantworten.

Es wäre ebenso gewagt wie fruchtlos, wollte man heute schon Vermutungen darüber aussprechen, ob die Eigentumserwerbsart des § 931 in gutem Sinn populär werden wird, d. h., ob das Volk gern und häufig von ihr Gebrauch machen wird; wo Bedürfnis nach einem raschen Güterumsatz vorhanden ist, kann dieses jedenfalls einfacher kaum befriedigt werden.

Die Protokolle[2]) sprechen vom Eigentumserwerb nach § 931

[1]) § 4.

[2]) B. III. S. 202.

als von einem „unabweisbaren praktischen Bedürfnis“. Diesem Urteil wird man wohl am Schluss unserer Darstellung beitreten können; man wird auch die Erwartung aussprechen dürfen, dass die neue Eigentumserwerbsart unter soliden Parteien sich bewähren wird. In dieser Einschränkung liegt zugleich für jeden, der sich des § 931 bedienen will, eine Mahnung zur Vorsicht. Doch ist diese Mahnung keine Ausnahmeerscheinung im Rechtsleben.

Vigilantibus iura sunt scripta!

Litteratur.

Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch etc. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. 3. Aufl. 1901.

Attenhofer, Der Gegenstand der Cession. Zeitschrift für schweizerisches Recht B. 26. Neue Folge B. 4. 1885.

Bernhöft, Das bürgerliche Recht, in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901.

Biermann, Sachenrecht. Band 3 des Kommentars zum B.G.B. von Biermann, Oertmann u. a. 1898.

de Carvajal y Viana, Über die Cession der Reivindicatio. Göttinger Inauguraldissertation. 1889.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Band 2. Sachenrecht etc. 1900.

— Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1897.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 3. Band. Das Sachenrecht. 1898.

— Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Band 1. 4. Aufl. 1884.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band 2. Sachenrecht. 3.—5. Aufl. 1900.

Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B. 1. Aufl. 1900.

Gaupp-Stein, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. Kommentar. 4. Aufl. seit 1899.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht etc. 1897.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch mit den Motiven etc. 1897.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1886.

Jhering, Übertragung der Rei vindicatio auf Nichteigentümer, in seinen Jahrbüchern Band 1. 1857.

Kober, Sachenrecht (Kommentar zum B.G.B. von Staudinger u. a.) 1898.

Makower, Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch. 6. Aufl. 1875.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Band 2 des Kommentars zum B.G.B. von Biermann, Oertman u. a. 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar). Band 2. Recht der Schuldverhältnisse. 1899. Band 3. Sachenrecht. 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs, bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. 1899.

Romeick, Zur Technik des B.G.B. I. Dinglicher Vertrag, in den Jahrbüchern für württ. Rechtspflege. 12. Band. 1. Heft. 1900.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. 1898.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 1899.

Stampe, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation, Archiv f. d. civ. Praxis B. 80 N. F. 30. 1893.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Aufl. 1900.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik B. 38 (2. Folge 2). 1898.

Wendt, Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs. Archiv f. d. civ. Praxis B. 87 (N. F. 37) 1897.

Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten. Archiv f. d. civ. Praxis B. 89 (N. F. 39). 1899.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. bearbeitet von Kipp. 1900.

Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts. 8. Aufl. 1. Band. 1894.

Zimmermann, Über fingierte und stillschweigende Cession, insbesondere der Vindikation. Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N.F. B. 15. 1858.